This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

3 2044 103 264 537

Bd. Feb. 1902

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Feb.-Dec. 1901.

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PARIS. — IMPRIMERIE F. PICHON, 24, RUE SOUFFLOT

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

LÉON AUCOC
Ancien président de section au Conseil d'État, Membre de l'Institut.

C. ACCARIAS
Conseiller à la Cour de cassation, Inspecteur général honoraire des Facultés de droit.

CH. LYON-CAEN
Prof. à la Faculté de droit de Paris et à l'École des Sciences politiques, Membre de l'Institut.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

GABRIEL DEMANTE, professeur honoraire à la Faculté de droit de Paris ;
E. GLASSON, membre de l'Institut, doyen de la Faculté de droit de Paris;
L. RENAULT, membre de l'Institut, professeur à la Faculté de droit de Paris.

ET DE MM.

L. ADAM, avocat à la Cour d'appel de Paris; F. ARTHUYS, professeur à la Faculté de droit de Poitiers; E. BINET, professeur à la Faculté de droit de Nancy; BOUVIER, professeur à la Faculté de droit de Lyon; BRÉMOND, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; CABOUAT, professeur à la Faculté de droit de Caen; J. CHARMONT, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; CHAUSSE, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; GARDEIL, professeur à la Faculté de droit de Nancy; A. LABORDE, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; G. LEBRET, professeur à la Faculté de droit de Caen, ancien ministre de la Justice; LE POITTEVIN, professeur à la Faculté de droit de Paris; LOUIS-LUCAS, professeur à la Faculté de droit de Dijon; CH. MASSIGLI, professeur à la Faculté de droit de Paris; H. MONNIER, professeur à la Faculté de droit de Bordeaux; PASCAUD, conseiller à la Cour d'appel de Chambéry; PLANIOL, professeur à la Faculté de droit de Paris; H. PRUDHOMME, juge au tribunal civil de Lille; SAUZET, professeur à la Faculté de droit de Paris; F. SURVILLE, professeur à la Faculté de droit de Poitiers; CH. TESTOUD, professeur à la Faculté de droit de Grenoble; A. TISSIER, professeur à la Faculté de droit de Dijon; A. VIGIÉ, doyen de la Faculté de droit de Montpellier; WALLON, professeur à la Faculté de droit de Toulouse; WAHL, professeur à la Faculté de droit de Lille; WEISS, professeur à la Faculté de droit de Paris.

L^e ANNÉE

Nouvelle série. — TOME XXX.

PARIS

LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, S^r, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,

24, rue Soufflot, 24

1901

Rec. Feb.-Dec. 1901.

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

(Année judiciaire 1899-1900).

Par M. Brémond, professeur à la Faculté de droit de Montpellier.

I. — Actes de gestion faits par les Chambres législatives.
II. — Recours en matière de pensions de retraites départementales.
III. — Subventions spéciales pour dégradations extraordinaires aux chemins vicinaux.
IV. — Marchés des travaux publics : 1. Concession de l'exploitation d'un ouvrage public. — 2. Concession de travaux publics. — 3. Offre de concours.

I. — Actes de gestion faits par les Chambres législatives.

M. de Joly, architecte de la Chambre des députés, attaché, en cette qualité, à cette Chambre, dont il recevait un traitement annuel, avait eu, depuis 1882 jusqu'en 1891, à étudier et à présenter divers projets de reconstruction de la salle des séances, que tout le monde s'accorde à trouver trop petite. Il avait, dans cette période, dressé quatre devis successifs, qui n'avaient jamais été exécutés. Il s'était livré, à ce sujet, à des études longues et laborieuses; il était même allé, à différentes reprises, voir sur place l'aménagement des palais législatifs des puissances étrangères, et il avait, pour ces travaux et ces voyages, dépensé des sommes assez considérables, qui lui avaient toujours été remboursées. A sa mort, survenue en 1892, la Chambre réclama à ses héritiers, comme lui appartenant, les plans établis par leur auteur. Remise en fut faite par les intéressés, mais sous réserve de leurs droits, et, en effet, peu de temps après, ils adressèrent à la questure une demande en paiement d'honoraires complémentaires au nom de M. de Joly. Leur réclamation étant demeurée sans réponse, ils saisirent le Conseil de préfecture de la Seine, et comme celui-ci se déclara incompétent, ils se pourvurent devant le Conseil d'État.

Ce litige soulevait deux questions importantes : 1° La demande

avait-elle été régulièrement formée contre les questeurs? — 2° Etait-elle de la compétence du Conseil de préfecture?

La seconde question seule a été discutée par les parties et tranchée expressément par le Conseil d'État qui, pour décider, s'est appuyé sur cette considération « que le Palais-Bourbon, affecté par la loi du 22 juillet 1879 au service de la Chambre des députés, c'est-à-dire à un service public, est une propriété de l'État et que les travaux à effectuer dans ce palais, à l'aide de crédits inscrits au budget de l'État, ont essentiellement le caractère de travaux publics. » Il a alors logiquement conclu que l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII régissait la contestation et que, par suite, c'était bien au Conseil de préfecture qu'il appartenait d'en connaître. Nous sommes absolument de cet avis, et cet arrêt du 3 février 1899 (1) nous paraît échapper à toute critique.

Deux séries d'objections avaient pourtant été faites contre la compétence du Conseil de préfecture.

On disait d'abord que l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII attribue, il est vrai, à ces Conseils les litiges portant sur les marchés de travaux publics, mais en limitant cette attribution aux difficultés qui peuvent s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration. Or la jurisprudence a, depuis longtemps, assimilé les architectes aux entrepreneurs, mais jamais encore elle n'a décidé que la Chambre des députés faisait partie de l'administration. Quelque large que soit l'interprétation que l'on donne à ce terme, il est vraiment impossible qu'on l'étende aux chambres législatives et aux commissions qui en émanent; le principe de la séparation des pouvoirs ne permet pas de confondre ainsi le Parlement avec les autorités administratives, qui sont uniquement des organes du pouvoir exécutif. L'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII est donc inapplicable à notre espèce.

Ce raisonnement est fondé sur une confusion. Nous savons, en effet, que l'État a une double personnalité : une personnalité publique et une personnalité privée. En tant que personne

(1) Dall. 1900. 3. 49.

publique, il est exact de dire qu'il comprend un pouvoir législatif et un pouvoir exécutif, et que ces deux pouvoirs doivent être séparés; le Parlement, organe du pouvoir législatif, ne doit pas alors être confondu avec l'Administration, organe du pouvoir exécutif. Mais il ne faut pas oublier que les fonctions législatives et exécutives sont des attributions de la personne publique seule et restent étrangères au fonctionnement de la personne privée. Celle-ci n'a pas à faire des lois, ni à surveiller leur exécution; son rôle se restreint aux actes de gestion; sa mission, comme celle des particuliers, consiste à gérer son patrimoine; elle ne comprend donc que des organes chargés de faire des actes d'administration. Par suite, lorsqu'un acte a été accompli, ressortissant à la personne privée, l'autorité, quelle qu'elle soit, de qui il émane, doit être considérée comme ayant exercé une attribution de nature administrative et, comme conséquence, doit être classée, du moins en ce qui concerne cette opération spéciale, parmi les organes de l'administration. Nous ne voyons d'ailleurs aucun motif qui puisse faire obstacle à ce que nous appliquions ces observations aux Chambres législatives. Il est évident, en effet, qu'elles n'usent pas de leur pouvoir législatif lorsqu'elles accomplissent des actes de gestion et qu'elles agissent alors comme représentant la personne privée de l'État; elles sont dès lors dans la situation que nous définissions ci-dessus, et l'on peut les faire entrer dans l'expression générale d'administration. Nous pouvons ajouter que les Chambres du Parlement ne constituent pas des personnes morales distinctes, car aucun texte ne leur attribue cette personnalité séparée, elles se fondent donc dans la personne privée de l'État, dont elles ne sont que des organes ou, si l'on veut, des représentants. Dès lors, leurs actes de gestion doivent être considérés comme faits par l'État et il faut les traiter comme tels; et, notamment, si ce sont des marchés de travaux publics, il sera logique de leur appliquer l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII concernant la compétence.

On faisait une seconde objection. On insistait sur ce fait que les requérants réclamaient, dans l'espèce, contre une décision prise par les questeurs en vertu du pouvoir qui leur avait été attribué dans la matière par la Chambre des députés. Or, disait-on, les

décisions des Chambres législatives sont soustraites au contrôle de toutes les juridictions tant judiciaires qu'administratives. D'ailleurs, ajoutait-on, aucune exécution forcée n'est possible contre le Corps législatif; les demandes formées contre lui ne peuvent donc aboutir à un résultat efficace, elles sont inutiles et doivent par suite être rejetées.

Cette dernière considération est sans importance; car aucune exécution forcée ne peut non plus être autorisée contre l'Etat, les départements et les communes, et on n'a jamais douté cependant que ces personnes morales ne fussent justiciables des tribunaux relativement à leurs contestations avec les particuliers, du moins quand il s'agit des actes de leur personnalité privée. Il est vrai que les jugements obtenus contre elles ne pourraient servir de base à la saisie de leurs biens ni à toute autre mesure d'exécution forcée; mais il sérait exagéré de conclure qu'à cause de cela ces jugements sont inutiles. L'Etat, comme on l'a dit souvent, est honnête homme; non seulement il exécute lui-même les condamnations définitives prononcées contre lui, mais il veille encore à ce que les départements et les communes satisfassent au même devoir.

Quant à prétendre que les décisions des Chambres législatives sont soustraites au contrôle de toutes les juridictions, cela n'est soutenable que s'il s'agit de décisions constituant des actes de puissance publique. Dans l'exercice de cette puissance les Chambres, qui composent le Parlement, sont, en effet, souveraines et ne sont justiciables d'aucun tribunal. C'est un point définitivement admis aujourd'hui. Mais leur souveraineté n'est plus en cause lorsqu'elles accomplissent des actes de gestion; elles ne fonctionnent alors que comme organes de la personne privée de l'Etat; il n'y a donc aucun motif pour soustraire leurs actes à la juridiction des tribunaux compétents d'après les règles de la matière à laquelle ces actes appartiennent. Le système contraire aboutirait à ce résultat inacceptable : que les litiges qui naîtraient entre des particuliers et les Chambres législatives relativement à des actes de gestion ne pourraient être soumis à aucun tribunal. Il y aurait là un déni de justice qui ne pourrait être justifié par aucun principe ni de notre droit public ni de notre droit privé. La raison

nous dit qu'à tout litige, portant sur des intérêts privés, il faut un juge; cette règle s'applique incontestablement à l'Etat; elle doit s'appliquer aussi aux autorités qui n'agissent que comme ses organes.

Ne pourrait-on pas nous répondre que tous ces raisonnements ne portent pas dans notre hypothèse? M. de Joly était architecte de la Chambre, et le litige, soulevé par ses héritiers, roulait sur l'étendue des droits et des obligations résultant de cet emploi; la contestation avait pour objet en définitive de faire statuer sur les conditions dans lesquelles une fonction publique doit être exercée; on demandait au tribunal la réglementation d'un emploi public. La question intéressait donc la personne publique de l'Etat et non la personne privée.

Nous croyons le contraire. Nous estimons, en effet, avec M. Berthélemy (1), qu'il faut distinguer les fonctions d'autorité et les fonctions de gestion. Les premières font participer les fonctionnaires à l'exercice du pouvoir de commander et leur donnent le droit d'accomplir des actes de puissance publique; elles se rattachent par conséquent à la personnalité publique de l'Etat. Les secondes appellent ceux qui en sont investis à faire uniquement et exclusivement des actes de gestion; elles ressemblent donc à de véritables louages de service et ressortissent par suite à la personnalité privée de l'administration. Or l'emploi d'architecte rentre incontestablement dans cette deuxième catégorie. Quelle différence y a-t-il, en effet, entre l'architecte de la Chambre des députés et un architecte au service d'un particulier? Aucune évidemment; les rapports qui existent entre l'employé et l'employeur sont incontestablement de même nature dans les deux cas; ce qui prouve bien que dans cette circonstance la Chambre joue le rôle d'une personne privée. L'intervention des tribunaux est donc légitime, et puisque nous sommes en présence d'une question de travaux publics, c'est bien le conseil de préfecture qui est compétent.

Revenons maintenant à la première question. Elle a été résolue implicitement par le Conseil d'État, puisqu'il a statué sur la

(1) *Traité élément. de Dr. admin.*, p. 58.

requête et qu'il a reconnu par là qu'il était régulièrement saisi. N'aurait-on pas pu soutenir pourtant que la Chambre des députés n'ayant pas été investie de la personnalité morale, aucune demande ne pouvait être formée contre elle? C'était l'État qui était l'unique et véritable défendeur, il eût donc fallu le mettre en cause par l'intermédiaire des autorités qui sont chargées de le représenter en justice et qui sont en principe les préfets ou les ministres, suivant les cas, mais jamais les questeurs de la Chambre des députés.

Nous estimons pourtant que la procédure a été régulière. Ce n'est pas que nous considérions la Chambre des députés comme constituant une personne morale : aucun texte ne lui concède expressément cette personnalité, et il n'y a aucun motif de conclure à une concession tacite. Nous disions dans un précédent examen doctrinal (1) que la possession d'un patrimoine était pour un service public le seul indice incontestable de la personnalité civile. Or la Chambre des députés n'a été dotée par la loi d'aucun patrimoine; le palais même qu'elle occupe ne lui appartient pas, mais est une propriété de l'État.

Pour résoudre la question, nous nous plaçons à un autre point de vue : nous admettons que la demande a été valablement formée contre les questeurs à cause de l'autonomie financière qu'une pratique constante reconnaît aux Chambres législatives. « L'indépendance des Chambres, dit M. Pierre (2), exige que chacune d'elles ait son budget propre, préparé par elle seule, voté souverainement et définitivement assuré par elle seule, sans aucune immixtion ni du ministre des finances ni de la Cour des comptes. Le total des crédits mis chaque année à la disposition des questeurs ne figure que pour la forme au budget de l'État et par une nécessité d'écriture publique. » Il suit de là que chaque Chambre doit être considérée comme ayant reçu mandat de représenter l'État dans les litiges concernant les intérêts pécuniaires de chacune d'elles.

(1) *Rev. crit.*, juin 1900, p. 336.
(2) *Traité de Droit polit.*, n° 1177.

II. — Recours en matière de pensions de retraite départementales.

L'art. 46 de la loi du 10 août 1871 a donné aux Conseils généraux le droit de statuer « sur l'établissement et l'organisation des caisses de retraite ou tout autre mode de rémunération en faveur des employés des préfectures et sous-préfectures et des agents salariés sur les fonds départementaux ».

Ce texte attribuait incontestablement aux assemblées départementales le pouvoir d'organiser des pensions de retraite pour les employés du département, de rédiger les statuts des caisses chargées du paiement de ces pensions, d'indiquer notamment les conditions dans lesquelles le droit à la pension serait acquis et de fixer le mode et les bases de la liquidation. Mais fallait-il aller plus loin et permettre aux Conseils généraux de déterminer l'autorité compétente pour ces liquidations et de se réserver à eux-mêmes le droit de concession qui, d'après la législation précédente, appartenait au Président de la République? Ni le texte ni l'esprit de la loi n'imposaient cette interprétation extensive; elle a été cependant acceptée par la Circulaire ministérielle du 8 octobre 1871 et par la jurisprudence du Conseil d'État; la question ne se discute plus aujourd'hui.

La plupart des Conseils généraux n'ont pas voulu user de la faculté que leur reconnaissait la jurisprudence et ils ont laissé la liquidation des retraites départementales entre les mains du chef de l'État : soit d'une façon implicite, en omettant de statuer sur ce point et en s'en référant ainsi par leur silence à la législation générale qui attribuait compétence au Président de la République; soit même d'une façon expresse, en donnant formellement à ce haut fonctionnaire le droit de concéder les pensions. Dans les deux cas, d'ailleurs, le résultat était le même, du moins jusqu'au décret du 7 décembre 1896. Mais ce règlement ayant transféré le droit de liquidation aux préfets, la question put être soulevée de savoir si ses dispositions s'étendaient même aux cas où le chef de l'État était désigné expressément comme liquidateur par des délibérations spéciales des assemblées départementales. La raison de douter provenait du texte du décret qui paraissait ne viser que les hypothèses où le Président de la République était compétent

en vertu de la loi générale; mais le Conseil d'État a pensé avec raison que le texte n'était pas assez formel pour faire admettre une distinction qui n'avait, d'ailleurs, aucune raison d'être.

Désormais donc le droit de liquidation appartiendra toujours au préfet dans les départements où antérieurement il appartenait au chef de l'État. Ainsi l'art. 5 du règlement spécial du département de la Corrèze porte que « les pensions sont réglées par le Président de la République en Conseil d'État, d'après l'avis du Conseil général ». Une difficulté s'étant élevée dans ce département en 1897, postérieurement par conséquent à la mise en application du décret du 7 décembre 1896, le Conseil d'État a décidé que c'était au préfet qu'incombait la solution et non au chef de l'État, et, par suite, l'avis du Conseil d'État n'est pas non plus nécessaire (1).

Dans les départements où le Conseil général n'a pas un droit de décision en matière de pensions de retraite, il est néanmoins toujours consulté et il donne son avis qui, d'ailleurs, ne lie pas l'agent liquidateur, aussi une jurisprudence constante décide-t-elle que cet avis n'est susceptible d'aucun recours contentieux.

Un tiers environ des conseils généraux se sont attribué le pouvoir de liquider et de concéder eux-mêmes les pensions départementales. Leurs délibérations sur cette matière constituent alors de véritables décisions et peuvent être l'objet d'un recours contentieux au Conseil d'État, alors même qu'elles auraient dû être suivies d'un décret ou d'un arrêté préfectoral avant le décret de 1896 ou qu'elles seraient suivies d'un arrêté préfectoral depuis ce décret. Il est vrai qu'on semble alors tomber dans l'hypothèse prévue par l'alinéa précédent, puisque dans les deux cas on voit une délibération de l'assemblée départementale précéder l'acte de concession de la pension qui émane d'un agent. Mais cette apparence de similitude cache une différence réelle. Dans le premier cas, en effet, le Conseil général n'émet qu'un avis, et, quelle qu'en soit la teneur, le droit de l'agent chargé de liquider la pension reste entier; dans le deuxième cas, au contraire, la décision de l'assemblée départementale lie cet agent de telle façon qu'il

(1) Cons. d'Et. 3 fév. 1899, Dall. 1900. 3. 40.

ne peut plus refuser une pension votée par cette assemblée, ni à l'inverse liquider une pension refusée par elle. Il est donc tout naturel que, dans le deuxième cas, l'intéressé puisse se pourvoir contre une délibération qui élève à l'encontre de sa demande un obstacle insurmontable.

On proposait pourtant de n'autoriser le recours, même dans ce second cas, que contre l'acte pris par l'agent en exécution de la décision du Conseil, sous le prétexte que cette décision ne constituait qu'un simple avis; mais c'était là une erreur certaine, un simple avis ne pouvant jamais lier les agents; aussi, le Conseil d'État a-t-il rejeté cette manière de voir. Ainsi aux termes du règlement voté par le Conseil général de la Haute-Savoie les pensions de retraite sont concédées par décret, la section des finances du Conseil d'État entendue, après liquidation opérée par le Conseil général, le préfet entendu. Un employé au service de ce département, ayant demandé la liquidation de sa pension de retraite, vit sa requête rejetée par une décision de l'assemblée départementale contre laquelle il forma un recours contentieux devant le Conseil d'État. L'administration prétendit que ce recours n'était pas recevable parce qu'il était formé contre un acte qui n'était qu'un simple avis; mais le Conseil d'État déclara que cet acte, qui mettait obstacle à la concession d'une pension en faveur du requérant, ne pouvait être considéré comme constituant un avis; c'était réellement une décision de nature à être déférée à la juridiction administrative par la voie contentieuse (1).

Il y a donc lieu, dans cette matière des pensions de retraite départementales, de distinguer parmi les décisions du Conseil général celles qui sont susceptibles d'un recours contentieux devant le Conseil d'Etat et celles qui ne sont pas susceptibles d'un recours de cette nature. Où placer la ligne de démarcation? Nous avons bien expliqué ci-dessus que le recours n'est recevable que contre les délibérations qui lient l'agent liquidateur; mais comment reconnaître ces délibérations et les distinguer de celles qui laissent l'agent entièrement libre?

Dans l'espèce jugée par l'arrêt du 3 février 1899, dont nous

(1) Cons. d'Et. 23 déc. 1898, Dall. 1900. 3. 39.

avons parlé ci-dessus, le règlement de la caisse départementale donnait lui-même le nom d'avis à la délibération du Conseil général. Le Conseil d'État a entendu ce mot avec son sens technique de décision non obligatoire. Nous croyons cette interprétation très exacte; on doit en effet présumer que les rédacteurs des règlements administratifs connaissent le sens des mots qu'ils emploient. Mais que faudra-t-il décider lorsque les statuts départementaux exigeront l'intervention du Conseil général sans préciser le rôle que devra jouer cette assemblée? Nous croyons que l'on doit admettre en principe qu'elle procédera comme corps délibérant plutôt que comme corps consultatif; car sa mission ordinaire est en effet d'être une assemblée délibérante, ses attributions purement consultatives constituent des exceptions. Par suite nous approuverons la solution consacrée par le Conseil d'État dans l'arrêt du 23 décembre 1898 dont nous avons déjà parlé plus haut. Le règlement du département de la Haute-Savoie disposait que les pensions seraient concédées par décret en Conseil d'État « après liquidation par le Conseil général sur la proposition du préfet ». Cette liquidation constituait-elle un simple avis ou une décision obligatoire? Le texte n'était pas trop précis sur ce point. Le Conseil d'État a accepté la seconde interprétation. Nous avons dit pourquoi nous croyons qu'il a bien fait.

Nous revenons une seconde fois à l'arrêt du 3 février 1899 pour signaler une décision intéressante en matière de procédure. Nous rappelons qu'il s'agissait d'un employé departemental qui avait adressé au Conseil général une demande en liquidation de sa pension de retraite. Le Conseil avait rejeté cette demande par une délibération que le préfet avait notifiée au demandeur. Ce dernier alors avait formé un recours contentieux devant le Conseil d'État, mais uniquement contre la décision du Conseil général. Ce recours fut jugé irrecevable comme dirigé contre un acte qui constituait un simple avis et par suite n'était pas de nature à être attaqué par la voie contentieuse.

Mais en même temps l'arrêt déclare que le droit de statuer sur la pension appartenait au préfet et qu'en notifiant la délibération du Conseil général ce fonctionnaire avait approuvé la décision

qu'elle contenait et l'avait faite sienne, par suite le pourvoi était admissible contre elle, et en conséquence la nullité en est prononcée.

Nous acceptons parfaitement ce raisonnement qui a eu pour résultat d'éviter au requérant la nécessité de recourir à une nouvelle demande exigeant une nouvelle procédure; et si ce requérant avait eu la précaution de former son recours tant contre l'arrêté préfectoral que contre la délibération de l'assemblée départementale, la solution du Conseil d'État échapperait à toute critique. Malheureusement dans l'espèce le requérant avait omis de diriger son action contre la notification faite par le préfet, estimant probablement qu'elle constituait une simple mesure d'instruction. Au fond le tribunal administratif a largement interprété la demande du requérant en y sous-entendant tout ce qu'elle aurait dû comprendre dans l'intérêt de celui-ci. Ce n'est peut-être pas très conforme à la rigueur des principes; mais, étant données les circonstances de l'affaire, nous croyons qu'on ne peut qu'approuver cette solution.

III. — Subventions spéciales pour dégradations extraordinaires aux chemins vicinaux.

L'art. 14 de la loi du 21 mai 1836, sur les chemins vicinaux, a créé, en vue de l'entretien de ces chemins, une taxe spéciale dont les bases sont déterminées de la manière suivante : « Toutes les fois qu'un chemin vicinal sera habituellement ou temporairement dégradé par des exploitations de mines, de carrières, de forêts ou de toute entreprise industrielle, appartenant à des particuliers, à des établissements publics ou à l'État, il pourra y avoir lieu à imposer aux entrepreneurs ou propriétaires, suivant que les transports ou l'exploitation auront eu lieu pour les uns ou pour les autres, des subventions spéciales, dont la quotité sera proportionnée à la dégradation extraordinaire qui devra être attribuée aux exploitations. » La concision de ce texte a donné lieu à de nombreuses difficultés.

Il y a lieu notamment de se demander quels sont les transports dont il faut tenir compte pour le calcul de la subvention. On a décidé que l'énumération faite par la loi était limitative; c'était

en effet la seule décision juridique possible, car il est bien évident que l'établissement d'une taxe constitue une règle *stricti juris*, qu'il faut en conséquence, interpréter restrictivement. Dès lors, puisque la loi ne comprend dans son énumération que les exploitations de mines, de carrières, de forêts ou d'entreprises industrielles, il faut écarter les transports effectués pour les exploitations agricoles ou commerciales.

On peut remarquer sur ce point que le système du législateur est difficile à justifier. Nous comprenons qu'on dispense de la subvention spéciale les agriculteurs qui se servent des chemins vicinaux pour l'exploitation de leurs propriétés rurales; on peut voir dans cette faveur une sorte de prime accordée à l'agriculture; et comme cette branche de la production nationale est lourdement chargée par ailleurs, on pourrait admettre en cette matière l'existence d'une légère compensation pour elle. Mais pourquoi concéder le même privilège aux entreprises commerciales? On ne voit aucun motif qui explique cette différence faite par la loi entre le commerce et l'industrie. D'autant plus qu'il n'est pas toujours bien facile de distinguer ces deux sortes de mode de l'activité humaine et de décider si une exploitation donnée revêt le caractère commercial plutôt que le caractère industriel.

On part généralement de cette idée que ce dernier caractère implique des opérations qui font subir aux matières premières des transformations; et on peut citer des arrêts du Conseil d'État qui consacrent cette manière de voir (1). Mais l'étrangeté de cette doctrine ne tarde pas à frapper les yeux. Comment expliquer que la transformation future d'une marchandise puisse exercer une influence sur une question concernant les dégradations causées à un chemin par le transport de cette marchandise? N'est-il pas déraisonnable de faire dépendre d'un fait postérieur, et d'ailleurs absolument étranger à la conservation de la route, la responsabilité qui a pu être encourue à raison des dommages causés à cette route? Aussi il est facile de comprendre que la jurisprudence ne se soit pas rigoureusement attachée à l'observation d'un principe

(1) Cons. d'Et. 15 avr. 1868, Rec. Leb., p. 416; Cons. d'Et. 15 janv. 1886, Rec. Leb., p. 27; Cons. d'Et. 7 fév. 1891, Rec. Leb., p. 97.

si peu rationnel, et qu'elle ait profité de tous les prétextes pour étendre, du côté des exploitations commerciales, le domaine d'application de la taxe des subventions spéciales.

Ainsi l'arrêt du 14 janvier 1899 (1) soumet au paiement de cette taxe un particulier qui « achète aux cultivateurs de la région leur récolte de betteraves, qu'il fait ensuite transporter pour l'approvisionnement de plusieurs fabriques de sucre ». Nous avons transcrit littéralement les termes mêmes dont se sert le Conseil d'État pour définir la situation. Il manque à cette définition un petit détail, que l'arrêt ne mentionne pas, mais dont la réalité n'était pas contestée. Ce marchand en gros de betteraves opérait pour son propre compte, à ses risques et périls; il achetait aux cultivateurs et revendait aux fabricants de sucre en spéculant sur la différence des prix de l'achat et de la revente. Etait-ce un industriel? Non, puisqu'il ne faisait subir aux betteraves aucune préparation ni transformation. Il est vrai que les betteraves étaient ensuite réduites en sucre dans les usines des fabricants à qui il les revendait; mais c'étaient ces fabricants qui étaient des industriels, et non lui; c'est à eux, par conséquent, qu'il eût fallu demander le paiement de la subvention spéciale.

C'est pourtant au marchand qui servait d'intermédiaire entre les producteurs et les usiniers que l'arrêt du Conseil d'État impose l'obligation de payer la taxe, parce que « dans ces circonstances il doit être considéré comme étant l'agent des industriels dont il alimente la fabrication ». Ce motif est évidemment peu conforme à la situation réelle, puisque, comme nous le disions plus haut, il n'était pas contesté que ce marchand avait agi pour son compte personnel et n'était en aucune façon l'agent des fabricants.

Pour apprécier sainement au point de vue pratique cet arrêt du Conseil d'État, il faut d'ailleurs comprendre que l'administration n'avait pas la ressource de demander le paiement de la taxe aux fabricants à qui les betteraves avaient été revendues, parce qu'elle n'avait aucun moyen de connaître ces fabricants. Il lui est impossible, en effet, de savoir à quelles fabriques déterminées

(1) Dall. 1900. 3. 37.

sont destinées les betteraves qui ont dégradé tel ou tel chemin vicinal, et elle ne peut obliger les marchands intermédiaires à nommer les destinataires de la marchandise; si les juridictions administratives ne s'étaient pas décidées à soumettre à la taxe ces intermédiaires, la fraude fût devenue trop facile. Tous les industriels auraient eu recours à des auxiliaires de cette nature pour leurs transports et l'impôt des subventions spéciales n'eût plus été perçu du tout.

Dans la *Revue générale d'administration* (1), M. Corneille, auditeur au Conseil d'État, commente de la manière suivante l'arrêt du 14 janvier 1899 : « Dans cette décision le Conseil d'État a entendu dire que pour interpréter l'art. 14 de la loi du 21 mai 1836, il fallait se placer au point de vue objectif et non au point de vue subjectif; il fallait se préoccuper non plus de la qualité du transporteur, mais de la destination de l'objet transporté. On continuera à exempter les commerçants si les produits qu'ils se font livrer ne doivent pas servir à l'industrie; on n'imposera pas, par exemple, l'acheteur en gros de pommes de terre si ces produits alimentaires sont destinés à la consommation, mais on se refuse à exonérer l'individu, qualifié commerçant d'après sa patente, mais qui n'est en réalité que l'intermédiaire d'industriels. »

Nous croyons que tel est réellement le sens de la décision du Conseil d'État. Elle nous paraît facile à défendre au point de vue de l'intérêt pratique; peut-être serait-il plus difficile de la justifier au point de vue de sa conformité avec le texte de la loi.

Pour en finir sur cette question, nous devons ajouter que l'arrêt de 1899 inaugure une jurisprudence nouvelle. Les décisions antérieures du Conseil d'Etat avaient refusé d'appliquer aux intermédiaires la taxe de la subvention spéciale; ainsi un arrêt du 13 juillet 1883 (2) avait accordé la décharge de cette taxe à un particulier qui servait d'intermédiaire entre les cultivateurs et les fabricants de sucre pour l'achat des betteraves. M. Corneille, dans l'article ci-dessus cité, cherche à écarter cet

(1) Mars 1899, p. 290.
(2) Rec. Leb., p. 647.

arrêt en disant que le tribunal a statué en fait et a par suite laissé entière la question de droit. Mais il est difficile d'admettre l'exactitude de cette observation quand on considère que les deux décisions sont motivées absolument de la même façon, avec cette seule différence que la plus ancienne en date aboutit à une négation, tandis que la plus récente conclut au contraire par une affirmation. M. Corneille ajoute que dans l'arrêt de 1883 il s'agissait « d'un commerçant qui ne s'occupait qu'accidentellement du transport des betteraves pour un fabricant de sucre déterminé ». Nous ne saisissons pas bien la portée de cette seconde considération. Est-ce le caractère accidentel des transports que l'on invoque? Mais en quoi cette circonstance peut-elle décharger le transporteur que la loi déclare responsable « toutes les fois qu'un chemin vicinal aura été *habituellement ou temporairement* dégradé? » Il est évident que ce texte fait entrer en ligne de compte les effets mêmes des transports accidentels. Veut-on au contraire insister sur ce fait que l'intermédiaire ne fournissait qu'à un seul fabricant : mais il semble que ce devrait être une raison de plus pour le faire considérer comme l'agent de ce fabricant. La vérité est que les deux décisions du 13 juillet 1883 et du 14 janvier 1899 sont réellement contradictoires?

Ce n'est pas d'ailleurs le seul point sur lequel la jurisprudence ait varié en cette matière. Dans le principe le Conseil d'État décidait que lorsque les transports de betteraves à l'usine étaient effectués par les producteurs eux-mêmes, ces transports échappaient à la taxe de la subvention spéciale; on les considérait comme se rattachant à une exploitation agricole, comme constituant le dernier acte accompli par un cultivateur pour bénéficier de sa récolte. Nous savons en effet que la loi exonère de la taxe les transports faits dans un but agricole (1). Mais des idées toutes différentes prévalent aujourd'hui; on ne se place plus au point de vue du cultivateur qui fait le transport, mais on considère la personne de l'usinier destinataire de la marchandise, et l'on décide alors que tout transport, même fait par les producteurs, peut être considéré comme faisant partie de l'exploi-

(1) Dall., *Code des lois polit.*, v° *Voirie*, n°s 2299 et suiv.

tation industrielle lorsqu'il a eu lieu dans le rayon d'approvisionnement de cette usine (1).

La question de savoir quel est le rayon d'approvisionnement est très délicate et dépend beaucoup des circonstances spéciales de chaque affaire. Quand, par exemple, les producteurs auront passé un contrat avec un industriel pour assurer à ce dernier tous les produits de leurs terres, on devra incontestablement considérer ces propriétés comme se trouvant dans le rayon d'approvisionnement de l'usine, quelle que soit d'ailleurs la distance qui sépare cette dernière des premières (2). Mais quand il n'y aura pas de contrats de ce genre, la solution comportera beaucoup d'arbitraire. Le recueil Lebon nous en donne une preuve frappante : à la page 396 de l'année 1898, il reproduit à la suite l'un de l'autre deux arrêts rendus sur la matière, à la date du 14 mai 1898. Dans les deux cas il s'agit de transports de betteraves effectués au profit d'une usine déterminée, et le fait est reconnu constant dans les deux espèces. Pourtant le premier arrêt accorde décharge de la taxe, tandis que le deuxième la maintient. Nous ne connaissons aucune circonstance de fait qui puisse expliquer cette différence de solution, et les considérants des arrêts n'en signalent aucune. Ces considérants sont d'ailleurs aussi peu explicites que possible. On lit dans la première décision l'affirmation que le transport a été opéré en dehors du rayon d'approvisionnement sans qu'il soit précisé aucun détail d'où puisse dériver cette conclusion. On lit dans la seconde décision que la taxe doit être maintenue parce que l'usine avait profité du transport; mais il y a apparence qu'elle en avait aussi profité dans la première espèce.

IV. — Marchés de travaux publics.

1. Nous avons eu quelquefois l'occasion, dans ces revues de la jurisprudence administrative, de faire remarquer l'extension considérable que le Conseil d'État a donnée à la définition des mar-

(1) Dall., *op. cit.*, v° *Voirie*. nos 2305 et suiv.; Dall. 9. 3. 99, note 5; Dall. 95. 3. 51, note 3.

(2) Cons. d'Et. 16 juill. 1898, Rec. Leb., p. 561.

chés de travaux publics. Il en était arrivé à comprendre dans ces marchés tous les contrats faits en vue des services d'intérêt public, tels que la fourniture de l'eau ou du gaz, le balayage et le nettoiement des rues, etc.; pourvu que l'entrepreneur de ces services se fût soumis à une obligation quelconque relativement à un ouvrage public, ne fût-ce même qu'à entretenir cet ouvrage (1). Un arrêt du 17 décembre 1896 va encore plus loin (2).

Un décret du 19 juin 1875 a érigé en monopole le halage des bateaux par bêtes de trait sur l'ensemble des rivières et canaux reliant la région de l'Aisne à la Belgique (Escaut, Scarpe, canal de Saint-Quentin, etc.). L'exploitation de ce monopole a été mise en adjudication. Il y a lieu de faire remarquer que le cahier des charges n'imposait à l'adjudicataire aucune obligation concernant l'entretien des cours d'eau et des ouvrages accessoires exécutés pour le service de la navigation; seulement, il était tenu d'établir des bureaux, des abris et des écuries dans certaines conditions. Des difficultés s'étant élevées entre un adjudicataire et l'administration, le litige fut porté devant le conseil de préfecture, qui en connut, puis appel fut relevé devant le Conseil d'État. M. le commissaire du gouvernement Romieu souleva alors d'office la question de compétence et soutint que, le contrat litigieux constituant un marché de fournitures, c'était à tort que le Conseil de préfecture avait statué en premier ressort sur la contestation. Son arrêté devait donc être annulé pour incompétence, sauf au Conseil d'État à rester saisi comme juge du premier et unique ressort. Mais ce tribunal n'a pas accepté cette manière de voir, il a admis la validité de la procédure faite devant le Conseil de préfecture et il a même confirmé la décision de ce dernier.

Il nous semble pourtant que les arguments proposés par M. Romieu étaient tout à fait probants. Il disait que le contrat litigieux ne comportait l'exécution d'aucun ouvrage public, si minime qu'il fût; il avait pour unique objet la fourniture de chevaux et le transport de bateaux au moyen de ces chevaux; ce

(1) *Rev. crit.*, juin 1893, p. 336.
(2) Rec. Leb., 1896, p. 59.

n'était pas autre chose qu'un service de relais de poste sur rivières et canaux. Il est vrai que l'adjudicataire était tenu d'établir des bureaux, des abris et des écuries, mais il avait la faculté de louer des locaux pour cela, et ce n'était qu'à défaut de locations qu'il devait construire. Ces constructions étaient donc seulement éventuelles et, en outre, elles devaient être élevées en dehors des digues des rivières et canaux, par conséquent, en dehors de l'ouvrage public, et enfin, elles ne devaient pas faire retour à l'État à l'expiration de la concession; elles ne constituaient donc pas un ouvrage public. D'ailleurs, des dispositions du même genre existent dans les contrats faits avec les compagnies d'omnibus, dont les bureaux sont même souvent établis sur la voie publique, et pourtant on n'a jamais considéré les concessions de lignes d'omnibus comme des marchés de travaux publics.

Le Conseil d'État n'a évidemment pas tenu compte de cette argumentation, puisqu'il a admis la compétence du Conseil de préfecture, mais aucun considérant de son arrêt ne fait allusion à la difficulté, de sorte qu'on peut hésiter sur la portée de sa décision. Nous ne croyons pas pourtant que l'éventualité des constructions, dont nous avons parlé ci-dessus, lui ait paru un élément suffisant pour lui faire admettre dans notre espèce la compétence du Conseil de préfecture. Il ne reste alors qu'une seule explication à donner de son arrêt : c'est qu'il a voulu étendre cette compétence à tous les marchés qui ont pour objet l'usage ou l'exploitation d'un ouvrage ou d'un outillage public, même quand cet ouvrage ou cet outillage serait déjà construit et que le contrat n'imposerait d'ailleurs au concessionnaire aucune obligation de l'entretenir, de le compléter ou de le modifier. Dans l'espèce, l'ouvrage ou l'outillage public, c'est le canal, ce sont les digues et les écluses, c'est, en un mot, l'ensemble de tous les travaux exécutés pour la navigation. Si cette jurisprudence était maintenue, il faudrait élargir la définition des marchés des travaux publics, telle qu'on l'a donnée jusqu'ici, et dire que ce sont des conventions ayant pour objet soit l'exécution d'un travail public, soit l'exploitation d'un ouvrage public déjà construit.

2. Les tribunaux judiciaires ne sont pas aussi faciles pour reconnaître à un contrat le caractère de marché de travaux

publics. Nous en trouvons la preuve dans un arrêt de la Cour de cassation en date du 6 juin 1899 (1).

Une convention avait été passée entre la ville de Grandcamp et une société pour la construction d'une poissonnerie municipale. La société devait acheter le sol et édifier les bâtiments à ses frais, mais pour le compte de la commune, qui devenait propriétaire des terrains aussitôt après leur acquisition et des constructions immédiatement après leur achèvement. La jouissance des nouvelles halles et de tout leur matériel d'exploitation devait appartenir, pendant trente ans, à la société concessionnaire, qui recevait en outre le droit de percevoir à son profit, aux lieu et place de la commune, certaines taxes à établir sur la vérification et la vente du poisson.

Les halles furent construites et reçues par l'autorité municipale, qui, pour satisfaire aux obligations qu'elle avait elle-même contractées, réglementa la vérification et la vente du poisson et fixa le tarif de la taxe à percevoir. L'arrêté municipal pris à ce sujet fut approuvé par le préfet du Calvados; mais les pêcheurs protestèrent contre son application et obtinrent du Conseil d'État son annulation, de telle sorte qu'aucune taxe ne put être perçue. La Société concessionnaire, ne pouvant profiter des avantages que la convention lui garantissait, assigna alors la commune de Grandcamp devant le tribunal de Bayeux, pour faire prononcer la résiliation du contrat. Ce tribunal retint la connaissance de l'affaire; puis la Cour d'appel de Caen et la Cour de cassation, saisies à leur tour, décidèrent aussi que le litige appartenait au contentieux judiciaire.

Malgré l'unanimité de ces trois juridictions sur la question, nous croyons que la compétence était administrative. Il s'agissait, en effet, de la construction de halles publiques, et le constructeur était rémunéré par la jouissance temporaire de l'ouvrage qu'il était chargé d'édifier et par la perception des taxes auxquelles l'usage de cet ouvrage public pouvait donner lieu. L'opération constituait donc une concession de travaux publics; et, par suite, les litiges qui la concernaient devaient être portés devant les Conseils de préfecture.

(1) Dall. 1900. 1. 265.

La Cour de Caen n'a pu aboutir à un résultat différent qu'en fermant volontairement les yeux sur une partie du contrat qu'elle séparait arbitrairement du restant de l'opération et dont elle ne tenait plus aucun compte. La difficulté, disait-elle, en effet, ne porte que sur une concession du droit de percevoir certaines taxes, par conséquent, elle est du domaine des tribunaux judiciaires. Mais la Cour oubliait que cette concession de taxe ne constituait pas tout le contrat à elle seule, elle avait pour complément et pour contre-partie l'obligation de construire une halle aux poissons. On ne peut pas, d'ailleurs, scinder une opération unique pour transformer ses diverses clauses en autant de conventions particulières et séparées.

Pour admettre la compétence judiciaire, la Cour de cassation a fait un raisonnement plus extraordinaire encore. Après avoir affirmé aussi qu'il ne s'agissait que d'une concession de taxe, elle ajoutait : « Attendu que si une des conditions consistait dans la construction d'un édifice destiné à un service public municipal, l'arrêt attaqué a pu, sans violer aucune loi, considérer que le caractère essentiel du contrat était celui d'une concession de droits à percevoir et non celui d'un marché de travaux publics. » Si nous comprenons bien le sens de cette considération, elle signifie que, lorsque le concessionnaire d'un travail public est autorisé à percevoir certaines taxes pour se rémunérer de ses dépenses, le contrat peut changer de nature, il peut cesser d'être un marché de travaux publics pour devenir une concession de taxe. La Cour suprême considère donc l'autorisation de percevoir des taxes comme un élément étranger en principe aux marchés de travaux publics, tellement étranger même que son introduction dans ces sortes de contrats risque d'en changer la nature. Or il est bien évident que c'est là une erreur certaine. Loin d'être étrangère aux marchés de travaux publics, l'autorisation de percevoir des taxes est, au contraire, un de leurs éléments naturels et ordinaires; c'est cette autorisation qui distingue l'une de l'autre les deux grandes catégories de ces marchés, qui caractérise la concession de travaux publics et la sépare de l'entreprise de travaux publics. Par définition donc, la concession de taxe est une clause essentielle à l'existence du contrat de concession de

travaux publics, et c'est une vérité si élémentaire (1) que nous trouvons absolument incompréhensible qu'elle ait échappé à la vigilance de la Cour de cassation.

Nous faisons d'ailleurs remarquer que, dans d'autres circonstances, cette Cour n'a pas hésité à appliquer les vrais principes. Prenons, par exemple, l'arrêt du 7 mai 1879 (2), rendu dans une espèce absolument identique à celle que nous venons d'examiner.

Un particulier avait accepté de construire un marché couvert pour la ville de Vichy ; il devait conserver pendant vingt-cinq ans la jouissance de cet ouvrage, et il était autorisé, pendant ce temps, à y percevoir les droits de place pour son propre compte, afin de pouvoir se rémunérer des dépenses de la construction. La Cour de cassation décida que cette opération « présente tous les caractères d'un contrat ayant pour objet un travail public..., et l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII attribue, en pareil cas, aux Conseils de préfecture, une compétence exclusive... Cette compétence s'étend à toutes les clauses de l'acte unique et complexe qui, indissolublement unies, sont la contre-partie les unes des autres et constituent dans leur ensemble une convention indivisible ». Voilà la vraie doctrine. Il est regrettable que les magistrats qui ont rendu l'arrêt de 1899 l'eussent perdu de vue.

On essaiera peut-être de concilier les deux arrêts de 1879 et de 1899 en faisant remarquer que ce sont deux arrêts de rejet et qu'ils se bornent, l'un et l'autre, à décider que les décisions, contre lesquelles on s'était pourvu, ne contiennent aucune violation de la loi. La Cour suprême a simplement reconnu dans les deux cas que le juge du fait avait la liberté d'apprécier la nature des contrats qui faisaient l'objet du litige ; mais elle ne s'est pas approprié les appréciations faites par ce juge.

Cette conciliation ne saurait être admise. Il est de principe, en effet, que, si les tribunaux ont plein pouvoir pour rechercher par

(1) Aucoc, *Confér. sur le Dr. admin.*, t. II, n° 707 ; Berthélemy, *Trait. élément. de Dr. admin*, p. 582; Hauriou, *Précis de Dr. admin.*, 4e édit. p. 719; Laferrière, *Juridict. admin.*, t. II, p. 122; Simonet, *Traité élément. de Dr. admin.*, 3e édit., n° 1328.

(2) Dall. 79. 1. 479.

voie d'interprétation, le caractère distinctif d'une convention, c'est à la condition de ne pas la dénaturer; et la Cour suprême se réserve le droit de contrôler leurs décisions à ce sujet et de casser celles qui méconnaîtraient la véritable nature d'un contrat (1).

Ainsi, une convention ayant été passée entre le maire de Guingamp et un particulier, pour la construction et la mise en place d'un pont à bascule, dans les halles de cette ville, la Cour de Rennes avait décidé que l'opération constituait une entreprise de travaux publics et non un marché de fournitures.

Remarquons que, pour ces conventions où l'on trouve un mélange de fournitures à livrer et de travaux publics à exécuter, la jurisprudence n'est pas encore fixée. On trouve des arrêts qui paraissent admettre que c'est, des deux éléments fourniture ou travail, celui qui est relativement le plus important, au point de vue pécuniaire, qui donne son caractère à l'opération. En ce sens le tribunal des conflits a déclaré dans un arrêt du 7 mai 1881 (2) que « les contestations, auxquelles peuvent donner lieu les marchés de fournitures, échappent à la juridiction administrative alors même que l'exécution comporte quelques travaux accessoires, si, à raison de leur peu d'importance, ces travaux ne sont pas susceptibles de transformer le contrat en marché de travaux publics ». Or, dans l'espèce, la fourniture du pont à bascule était l'objet de beaucoup le plus important de la convention, les travaux pour la mise en place étant de peu de valeur.

Mais d'un autre côté le Conseil d'Etat paraît se placer à un point de vue tout différent; M. Laferrière résume sa jurisprudence dans les termes suivants : « Lorsqu'un contrat est mixte, il n'est pas nécessaire que le marché de travaux publics y domine, il suffit qu'il y apparaisse, même sous une forme très atténuée, pour que la compétence du Conseil de préfecture en résulte (3). » Or, il y avait dans notre espèce un travail public à exécuter, car tel est bien évidemment le caractère de la mise en place du pont à bascule, donc le marché de travaux publics y apparaissait sous une forme atténuée, mais suffisante.

(1) Cfr. Dall. 93. 1. 85.
(2) Dall. 82. 3. 106.
(3) *Juridict. admin.*, t. II, p. 124, 2e édit.

Nous avons déjà dit que la Cour de Rennes s'était prononcée pour le deuxième système. Le pourvoi formé contre son arrêt fut rejeté par la Cour de cassation qui prit le soin de préciser dans ses considérants (1) « que la Cour de Rennes en disant qu'il ne s'agissait pas dans l'espèce d'une vente d'objets mobiliers... n'a pas dénaturé le contrat ». La Cour suprême reconnaît donc qu'elle a le droit de vérifier si les décisions qui lui sont soumises ne transforment pas la nature des conventions sur lesquelles elles statuent.

3. Parmi les contrats que la jurisprudence range dans la catégorie des marchés de travaux publics, se trouvent les offres de concours faites par des particuliers à l'administration en vue d'un travail public. On sait que pendant longtemps il y a eu sur ce point lutte entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat. Ce dernier décidait que toute offre, quel qu'en fût l'objet, meuble ou immeuble, travail ou argent, constituait dans tous les cas un marché de travaux publics; la Cour de cassation, au contraire, distinguait suivant que l'offre avait pour objet la cession d'un immeuble ou qu'elle portait sur une prestation en nature ou en argent : dans le premier cas elle jugeait que l'opération devait être classée parmi les contrats civils ordinaires de la compétence des tribunaux judiciaires, et ce n'était que dans le deuxième cas qu'elle admettait le marché de travaux publics et la compétence administrative (2). Le tribunal des conflits s'était déjà rallié au système du Conseil d'Etat (3), mais la Cour de cassation persistait dans son sentiment, car nous trouvons encore un arrêt du 5 janvier 1897 (4) qui refuse de reconnaître le caractère administratif d'un litige relatif à une cession de terrain faite en vue d'un travail public.

Un contrat était intervenu entre la ville d'Avignon et le propriétaire d'une maison soumise dans cette ville à la servitude de reculement. Ce propriétaire obtenait l'autorisation de faire des réparations confortatives à son immeuble, et en échange il prenait

(1) Cass. 20 déc. 1897, Dall. 98. 1. 273.
(2) *Rev. crit.*, février 1888, p. 93.
(3) *Rev. crit.*, février 1889, p. 102.
(4) Dall. 1900. 1. 147.

l'engagement de se mettre à l'alignement en cédant le terrain nécessaire à la commune, et de démolir les constructions qui existeraient sur ce terrain lorsque la ville se déciderait à procéder à la réalisation de ses projets. Des difficultés s'étant élevées plus tard sur l'interprétation de cette convention, la Cour de cassation admit que la compétence était judiciaire, parce que « l'acte litigieux est une convention conclue entre le siéur P... et la ville d'Avignon, qu'il a pour objet la cession éventuelle à la ville, moyennant un prix déterminé, payable par elle, d'une portion de l'immeuble du sieur P... pour l'alignement et l'élargissement d'une rue ; que cette convention, qualifiée vente par les parties elles-mêmes, présente les caractères d'un contrat civil. » La Cour, on le voit, constate nettement que la cession de l'immeuble est faite en vue d'un travail public, mais elle persiste à y voir un contrat appartenant au contentieux judiciaire.

Nous ne croyons pas devoir insister sur cette considération, d'ailleurs mentionnée à peine en passant, que les parties elles-mêmes ont donné à l'opération la qualification de vente. Il nous paraît inutile de démontrer ici que la nature des actes et, par suite, la compétence à laquelle ils sont soumis, dépend de leurs caractères propres et non du nom que les parties ont bien voulu leur donner. Ces dénominations ne peuvent changer la réalité des choses.

La Cour suprême paraît enfin s'être décidée à accepter la doctrine consacrée par le tribunal des conflits et le Conseil d'État. Elle a pris cette décision à l'occasion d'une espèce presque identique à celle que nous venons d'analyser. Il s'agissait encore d'une cession de terrain faite à une ville en vue de travaux de voirie. Dans un arrêt du 28 juin 1899 (1), elle décide « que l'engagement souscrit afin de concourir à la création d'une voie publique, et l'acceptation qui aurait eu lieu de ce concours, constituent un contrat ayant pour objet l'exécution d'un travail public ; et que la juridiction administrative est seule compétente pour statuer sur les contestations auxquelles peuvent donner lieu l'existence et l'exécution de ce contrat ».

(1) Dall. 1900. 1. 39.

Nous remarquerons que dans l'hypothèse de cet arrêt du 28 juin 1899, la cession de terrain est faite à titre gratuit, tandis qu'elle était à titre onéreux dans le cas jugé par le précédent arrêt dont nous avons parlé. Cette différence dans les faits peut-elle expliquer la différence de solution? Non, car il n'en pourrait être ainsi que si la gratuité était un élément essentiel des marchés de travaux publics, et l'on sait que cela n'est pas. Il n'y a donc pas à distinguer entre les offres à titre gratuit et celles à titre onéreux; elles doivent être soumises à la même compétence.

L'offre de concours, tant qu'elle n'a pas été acceptée, constitue-t-elle une simple promesse non encore obligatoire, une pollicitation? La jurisprudence du Conseil d'État permet d'en douter. Une pollicitation en effet est anéantie de plein droit si la personne de qui elle émane meurt ou devient incapable de consentir (1). Or le Conseil d'État décide que l'offre de concours faite en vue d'un travail public peut encore être acceptée, malgré le décès du promettant, si ses héritiers n'ont pas retiré la promesse de leur auteur (2). Il n'a d'ailleurs pas pris la peine de justifier théoriquement sa décision, qu'il se contente d'énoncer sans en donner les motifs juridiques.

Il serait très facile de fournir ces motifs : ce serait de considérer l'offre du promettant comme créant une obligation légale parfaite en dehors de tout consentement et de toute acceptation de l'administration. Cette solution ne serait pas sans précédents. Elle était déjà consacrée par le droit romain, au moins quand la pollicitation était faite à une cité; et l'on sait qu'une théorie assez répandue, au moins en Allemagne, enseigne d'une manière générale qu'une personne peut être liée par une déclaration unilatérale de sa volonté (3).

Nous ne croyons pas pourtant qu'on puisse considérer les arrêts du Conseil d'État ci-dessus cités comme des cas d'application de cette théorie; car, dans un de ces arrêts au moins, notre tribunal suprême administratif réserve aux héritiers le droit de retirer

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde, *Traité des oblig.*, t. I, n° 31.

(2) Cons. d'Et., 1er juill. 1898, Rec. Leb., p. 517; Cons. d'Et. 15 janv. 1892, Rec. Leb., p. 14.

(3) Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.*, n° 28.

l'offre de leur auteur tant qu'elle n'est pas acceptée; il admet donc que l'acceptation est nécessaire pour lier définitivement le promettant; il exige donc pour la naissance de l'obligation qu'il y ait eu le concours de la volonté du créancier avec celle du débiteur.

Mais alors ne se contredit-il pas lorsqu'il permet l'acceptation de l'offre après le décès de ce dernier? On est bien certain qu'alors aucun concours de volontés ne peut plus se produire; puisque des deux êtres qu'intéressait l'opération, il n'en reste plus qu'un seul qui soit capable de vouloir; l'autre ayant perdu cette capacité par le fait de sa mort.

Il nous semble bien, en effet, qu'il y a quelque chose d'illogique à admettre que l'offre survit au décès du promettant et à exiger cependant l'acceptation de l'administration pour lier définitivement les héritiers de celui-ci. Et le Conseil d'État n'est peut-être pas fort éloigné d'être de notre avis, car il se montre très large pour admettre l'existence de l'acceptation; il n'exige pas du tout un consentement formel et se contente fort bien d'une volonté tacite résultant des circonstances (1). De là à se passer même de cette volonté implicite, il n'y a qu'un pas à faire. L'avenir seul pourra nous dire si ce pas se fera.

BRÉMOND.

LA THÉORIE DES DOMMAGES-INTÉRÊTS

Par M. Hindenburg, avocat à la Cour suprême du Danemark.

Il y a lieu d'accorder des dommages-intérêts 1° en cas d'inexécution d'un contrat; 2° quand il y a dol ou faute en dehors d'un contrat. Dans le premier cas, on parle de garantie, dans le second de responsabilité. En cas de contrat, le contractant peut être passible de dommages-intérêts, quoiqu'il n'ait rien à se reprocher. Mais, à cela près, nous pensons que les suites du dol ou de la faute doivent être les mêmes dans tous les cas (2).

(1) Cons. d'Et. 18 janv. 1878, Rec. Leb., p. 76; Cons. d'Et. 7 mars 1890, Rec. Leb., p. 263.

(2) Sourdat, *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dom-*

Cependant, pour simplifier, nous ne parlerons que de la faute en dehors des contrats.

En somme, la théorie enseigne que le dommage doit être réparé en entier et qu'il importe peu qu'il y ait dol, faute lourde ou seulement faute légère. *In lege Aquilia et levissima culpa venit.* « Qu'importe qu'il ait été de bonne ou mauvaise foi, qu'il ait agi par inintelligence ou par méchanceté? L'état de sa volonté n'influe pas sur l'intensité du dommage (1). » — « Le dommage causé doit être réparé en son entier (2). »

La partie lésée, cependant, n'a pas d'action si l'auteur du dommage n'est pas en faute. « Où avons-nous trouvé le principe de la responsabilité même purement civile? Dans une faute, dans un acte coupable, imputable à son auteur (3). » — « Ainsi, le fou, l'insensé, l'enfant, qui n'a pas encore de discernement, sont affranchis de tout recours, même sur leurs biens (4). »

On reconnaît cependant que l'auteur du dommage ne peut pas être responsable de toute la perte éprouvée par la partie lésée. On distingue entre les suites directes et les suites indirectes. « Les dommages qui ne se rattachent au fait incriminé que d'une manière éloignée, n'en sont plus la suite nécessaire et peuvent avoir d'autres causes. Or l'auteur du délit, malgré le peu de faveur qu'il mérite, ne peut pas être tenu de réparer le dommage qui ne découle pas positivement de son fait (5). » Ce sont seulement les suites directes qui doivent être réparées; quant aux suites indirectes, la partie lésée doit les supporter elle-même, même en cas de dol de l'auteur du dommage. Quant aux suites directes, elles doivent être réparées, fussent-elles « les plus imprévues du monde (6). »

Un autre principe tendant à restreindre la responsabilité est

mages-intérêts en dehors des contrats, 4e éd., 1887, p. 97-98; 508-509; Fred. Pollock, *The law of torts*, 2e éd., 1890, p. 491.

(1) Sainctelette, *De la responsabilité et de la garantie*, 1888, p. 15.

(2) Sourdat, *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, 4e édit., p. 508.

(3) Sourdat, *loc. cit.*, p. 9.

(4) Sourdat, *loc. cit.*, p. 10.

(5) Sourdat, *loc. cit.*, p. 30.

(6) Sainctelette, *loc. cit.*, p. 53.

que l'intérêt doit être direct, le droit lésé actuel et certain. « Le principe fondamental reconnu par la doctrine et la jurisprudence, c'est qu'un intérêt direct et un droit actuel et certain peuvent seuls servir de base à une action de cette nature. Ce principe a toujours été suivi et ne saurait être contesté (1). »

« Il ne suffit pas d'alléguer un dommage possible, que l'on puisse prévoir avec plus ou moins de probabilité dans l'avenir. Il faut que le préjudice soit certain (2). »

La théorie fait du tort à la partie lésée.

Il est injuste de poser en principe que la partie lésée ne doit avoir aucune réparation pour les suites « indirectes » de l'action de l'auteur du dommage. « De deux choses l'une : ou le dommage et l'action en réparation dérivent du fait incriminé et, dès lors, il y a lieu à l'action civile *ex delicto*, ou ils n'en dérivent pas, et l'action n'a point de base (3). »

Pour faire comprendre la différence entre les suites directes et les suites indirectes, M. Sourdat donne un exemple. La maison d'un cultivateur est incendiée. Le malfaiteur doit payer la valeur de la maison, c'est une suite directe. Il doit payer la valeur des bestiaux qui ont péri par l'incendie de la maison, c'est encore une suite directe. Mais, si le cultivateur perd sa récolte parce qu'il n'a pas eu les moyens d'acheter de nouveau des bestiaux en temps utile, s'il est ruiné par l'incendie parce que ses créanciers hypothécaires font vendre sa propriété pour être couverts de leurs créances, ce sont des suites indirectes qui ne doivent pas être réparées.

Si le malfaiteur, dans l'espèce supposée, a prévu que l'incendie de la maison et la perte des bestiaux entraîneraient, selon toute probabilité, la ruine du cultivateur, s'il a choisi un jour pour incendier la maison précisément parce qu'il voulait se venger du cultivateur et le ruiner de fond en comble, comment est-il alors possible de dire que le malfaiteur n'est pas responsable de ces suites parce qu'elles sont indirectes?

(1) Sourdat, *loc. cit.*, p. 25.
(2) Sourdat, *loc. cit.*, p. 38.
(3) Sourdat, *loc. cit.*, p. 33.

Il est impossible de donner une raison expliquant pourquoi les suites plus éloignées seraient régies par une autre loi que les suites immédiates (1).

Les auteurs, qui professent la théorie de la distinction entre les suites directes et les suites indirectes, se trouvent, par cette raison, assez embarrassés. « A vrai dire, et d'après les principes généraux sur la responsabilité, l'on ne trouve pas, dans la nature de ces différents dommages, la base d'une distinction quant au droit de la partie lésée d'obtenir une indemnité. Le principe juridique de la réparation devrait être le même dans tous ces cas. Mais il serait trop rigoureux de l'appliquer uniformément puisqu'il conduirait souvent à faire refuser absolument l'indemnité réclamée. L'équité est donc venue, avec raison, atténuer le *summum jus*. La jurisprudence se montre même assez large dans l'appréciation du dommage direct (2). »

Il semble résulter de cette citation que l'auteur ne désapprouverait pas un jugement qui, dans l'espèce supposée, accorderait au cultivateur la réparation de sa récolte perdue et des autres suites plus éloignées de l'incendie, prévues cependant par le malfaiteur. Il dirait que c'est l'équité qui est venue atténuer le *summum jus*. Mais n'est-ce pas là abandonner virtuellement la distinction entre les suites directes et les suites indirectes?

On enseigne que le préjudice doit être certain. « Il faut, pour pouvoir réclamer cette réparation, qu'on ait été lésé dans un droit acquis personnel ou réel (3). »

Voyons l'application de la règle :

« Par la raison indiquée n° 444, le futur époux qui se plaint de la rupture d'une promesse de mariage ne doit pas être admis à réclamer à titre de dommages-intérêts les avantages pécuniaires que lui aurait assurés l'union projetée; il est évident que le réclamant ne peut pas demander l'équivalent de la dot que son conjoint lui aurait apportée. Cet avantage ne devait être que la conséquence du mariage réalisé; il n'y avait donc pas jusque-là de droit acquis, de gain assuré, puisque le mariage pouvait être

(1) De Bar, *Die Lehre vom Kausalzusammenhange*, 1871, p. 31.
(2) Sourdat, *loc. cit.*, p. 473.
(3) Sourdat, *loc. cit.*, p. 498.

empêché soit par une cause extérieure et accidentelle, soit même par la volonté d'une des parties (1). »

D'un autre côté, il est admis que la femme mariée, dont le mari a été tué, peut réclamer des dommages-intérêts. On va plus loin. « Une mère dont le fils a été tué en duel, a pu obtenir, à titre de réparation, une rente viagère reversible sur la tête de deux autres fils majeurs, mais frappés d'aliénation mentale, dont le défunt était le soutien (2). » Après avoir donné cet exemple, M. Sourdat se résume :

« Le principe fondamental reconnu par la doctrine et la jurisprudence, c'est qu'un intérêt direct et un droit actuel et certain peuvent seuls servir de base à une action de cette nature. Le principe a toujours été suivi et ne saurait être contesté (3). »

Nous avouons que nous ne saisissons pas. Nous comprenons parfaitement qu'une législation se refuse à reconnaître la validité d'une promesse de mariage. Mais si une telle promesse est valable, pourquoi refuser des dommages-intérêts? Si une fiancée millionnaire rompt sa promesse la veille du mariage, le prétendu éprouve un préjudice aussi certain que la femme mariée dont le mari a été tué. Est-ce que le mari ne pourrait être mort d'une maladie le lendemain de l'accident? Est-ce que la veuve ne pourrait pas contracter un nouveau mariage infiniment plus avantageux sous le rapport pécuniaire que celui avec le défunt mari? Comment est-il possible de dire, qu-il y a là un préjudice certain? Quelle est la différence entre l'espèce de la veuve et celle du prétendu?

En exigeant que le préjudice soit certain, on fait du tort à la partie lésée. Qu'y a-t-il de certain dans cette vie? Quand il y a faute, il suffit qu'il y ait un préjudice probable. Dans beaucoup de cas, dans la pluralité des cas, il y a doute sur l'étendue du préjudice causé. Quand il est impossible de fixer le chiffre qui serait la mesure exacte du dommage éprouvé, quand il est nécessaire de faire du tort à l'une ou à l'autre des parties, c'est le cas de dire, avec une loi danoise du 13 décembre 1837, que les tribu-

(1) Sourdat, *loc. cit.*, p. 503.
(2) Sourdat, *loc. cit.*, p. 24.
(3) Sourdat, *loc. cit.*, p. 25.

naux doivent toujours, en cas de doute, préférer donner de larges dommages-intérêts plutôt que de s'exposer à ne pas accorder une réparation suffisante à la partie lésée. « Dans le doute, la solution la plus libérale est préférable (1). »

La théorie fait du tort à l'auteur du dommage.

L'auteur du dommage est responsable du dommage qui lui est imputable. Il est responsable non seulement du dommage qu'il a voulu, mais aussi de celui qu'il n'a pas voulu, pourvu qu'il ait dû prévoir un tel dommage, du moins comme possible. Le dommage qu'il n'a pas pu prévoir ne lui est pas imputable. On ne peut pas dire que le délinquant doit « réparer tous les dommages nés directement et immédiatement de la faute commise, fussent-ils les plus imprévus du monde (2) ». Les suites que le délinquant n'a pas pu prévoir doivent être considérées comme fortuites.

La distinction entre les suites directes et les suites dites indirectes, que nous avons cru devoir repousser, mène cependant, dans le plus grand nombre de cas, à des résultats conformes au bon sens. Le délinquant doit avoir prévu les suites directes et immédiates de son action. Quant aux suites plus éloignées dites indirectes, il est à supposer que le délinquant ne les a pas prévues. En règle générale, elles ne lui sont donc pas imputables ; il en est autrement dans les cas assez rares où il est prouvé qu'il les a voulues (3).

La négligence, la faute dans le sens juridique a un sens différent de celui du langage conventionnel. On reconnaît en droit qu'on n'est pas responsable parce qu'on aurait pu éviter de causer le dommage eu usant de plus de précaution. On devient responsable seulement quand on n'a pas montré la diligence d'un bon père de famille. Cette limite franchie, on devient responsable de toutes les suites directes de son acte. Cette responsabilité

(1) Sourdat, *loc. cit.*, p. 474.

(2) Sainctelette, *loc. cit.*, p. 33.

(3) It would be strange if it lay in a mans mouth to say that the consequence which he deliberately planned and procured is too remote for the law to treat as a consequence. Fr. Pollock, *The law of torts*, 2e éd., 1890, p. 482.

peut absorber toute la fortune du délinquant. Dans beaucoup de cas c'est une peine bien plus grave que s'il s'était rendu coupable d'un délit prévu par le droit pénal. Le bon sens dit que c'est injuste, mais c'est une conséquence à laquelle on pense qu'il est impossible d'échapper. Quand il y a perte et quand la question se pose de savoir si cette perte doit être supportée par une personne parfaitement innocente ou par une personne qui est en faute, il faut nécessairement se décider pour la dernière alternative (1).

Quelque séduisante que soit cette argumentation, nous pensons qu'elle est trop absolue. Sans doute, en règle générale, le dommage doit être réparé en entier. Mais si le dommage est très considérable, telle que la réparation serait la ruine complète pour la personne en faute, il y a lieu de modérer la responsabilité.

La règle, que le dommage doit être réparé en son entier doit souffrir une exception pour les cas où la réparation serait une charge excessive pour l'auteur du dommage.

En proclamant le principe que l'auteur du dommage doit réparer toutes les conséquences de la faute commise, fussent-elles les plus imprévues du monde, M. Sainctelette ajoute les mots significatifs « si bien entendu il convient au créancier de les réclamer (2) ».

C'est dire en d'autres termes que M. Sainctelette ne les réclamerait pas, si c'était lui qui était le créancier. Et toute personne de cœur agirait comme lui. Une personne riche a de la vaisselle de grande valeur. Ses domestiques doivent la nettoyer. Une d'entre elles se rend coupable de négligence et un vase de quelques milliers de francs est brisé. Le propriétaire voudrait-il rendre la domestique responsable de cette somme et se faire payer sur une somme de 2,000 francs que la domestique a déposée à la caisse d'épargne et qui constitue ses économies de dix ans ? On s'accordera à dire qu'une telle prétention du propriétaire serait contraire à la morale; il ne doit pas rendre malheureuse cette fille, rendre son mariage impossible, pour avoir un vase semblable à celui qui a été brisé. Cependant la morale

(1) Sourdat, *loc. cit.*, p. 658.
(2) Sainctelette, *loc. cit.*, p. 53.

et le droit doivent être d'accord. Quand une prétention est contraire à la morale, le droit ne doit pas la protéger.

L'homme riche doit supporter lui-même le risque. Si les domestiques chargées de nettoyer sa vaisselle devaient l'en dédommager en cas de perte, elles ne pourraient pas s'engager aux conditions ordinaires, elles devraient stipuler une augmentation du salaire ordinaire, représentant la prime d'assurance pour le risque qu'elles courent en faisant le service dans une telle maison. Cela ne se fait pas dans la vie. Ces domestiques sont engagées aux conditions ordinaires. Il s'ensuit, selon nous, qu'elles doivent payer dans la mesure de leurs moyens. Dans l'espèce supposée le propriétaire lui dirait qu'elle a mérité de payer 100 francs pour sa négligence, mais qu'il préfère y renoncer et supporter lui-même la perte. Elle paierait les 100 francs aux pauvres pour apprendre à user de plus de précaution à l'avenir.

De l'assurance.

Si la partie lésée est assurée contre le dommage que lui fait éprouver le délinquant, l'action en dommages-intérêts passe à l'assureur. Cette action ne pourra changer de nature parce qu'elle est exercée par l'assureur.

Est-il naturel de donner à l'assureur le droit de réclamer la réparation du dommage entier?

Une jeune personne, habitant le Jutland, nous a dit qu'un naufrage où personne n'avait péri était une excellente chose. Tout le monde est content, a-t-elle dit. Ceux qui sont sauvés sont contents, les sauveteurs sont contents et les compagnies d'assurances doivent être contentes aussi, car s'il n'y avait pas de naufrages, personne ne voudrait s'assurer.

Est-ce qu'il n'y a pas là quelque chose de vrai? Est-il possible de dire que la compagnie d'assurances souffre un dommage équivalent au dommage matériel? Elle reçoit sa prime pour supporter ce risque. Elle ne perd rien si les naufrages ne dépassent pas le chiffre des primes qu'elle reçoit. Est-il juste de l'enrichir et de ruiner le capitaine coupable de négligence en lui faisant payer 100,000 francs à la compagnie?

On a émis l'opinion qu'il fallait refuser aux compagnies d'assurance tout recours envers les coupables. Nous ne pensons pas qu'on puisse aller si loin. Si la personne lésée a droit à des dommages-intérêts, elle ne peut pas perdre ce droit parce qu'elle s'assure. L'assurance est vis-à-vis de l'auteur du dommage *res inter alios acta*. On ne peut contester non plus que la personne lésée ait le droit de céder son action en dommages-intérêts à son assureur. La compagnie d'assurances qui a payé peut exercer l'action en dommages-intérêts dans les mêmes conditions que la personne lésée. Mais nous pensons que, dans l'espèce supposée, il serait injuste de condamner le capitaine à payer le dommage entier, s'il est considérable. S'il est en faute, il doit payer, mais il doit payer dans la mesure de ses moyens.

Le paiement de dommages-intérêts est une peine qui ne peut pas s'élever au delà du préjudice causé, mais qui doit être modifiée selon les circonstances.

Le Droit pénal s'occupe des actions humaines contraires à la morale et à l'ordre social, qui sont frappées d'une peine. Dans le Droit civil on traite des actions qui causent du tort à autrui, mais dont la vindicte publique ne s'occupe pas, parce qu'on suppose que la responsabilité civile suffit. « Celle-ci, dit M. Sourdat, suppose également une atteinte à l'ordre moral qui constitue la violation d'un devoir de l'homme en société (1). »

L'État doit protéger les citoyens dans leur fortune contre la négligence d'autrui. Il est dans son droit en punissant les personnes qui sont coupables de négligence. Dans beaucoup de cas, une punition publique n'est pas nécessaire. Si l'individu négligent répare intégralement le dommage qu'il a causé, il efface, pour ainsi dire, les traces de son acte, et la justice est satisfaite. S'il est hors d'état de payer le dommage, l'État est dans son droit en lui infligeant une peine. La punition doit être inférieure à celle prescrite pour les contraventions et les délits. Elle pourra consister dans le paiement de dommages-intérêts proportionnés aux moyens du coupable.

(1) Sourdat, *loc. cit.*, p. 7.

On s'accorde à dire que les enfants sont passibles de dommages-intérêts, pourvu qu'ils aient agi avec discernement (1). Il est difficile de nier que les fous peuvent faire du tort à autrui par malice. Un fou peut parfaitement dire : « Mes actions ne me sont pas imputables et je peux impunément me venger de telle ou telle personne en brisant ce qui lui appartient. » Cela s'est vu. Les médecins, directeurs des hôpitaux d'aliénés, emploient alors des peines disciplinaires. Ils ont raison. Les tribunaux, au contraire, ne condamnent pas les fous à des dommages-intérêts. Les tribunaux n'ont pas tort non plus. La responsabilité civile exige qu'il y ait faute, et il doit être prouvé que cette faute est imputable à son auteur. On pose en principe qu'on n'a jamais cette certitude quand il s'agit de l'action d'un fou.

Partant de ce principe d'imputabilité, il est conséquent de statuer qu'on doit modérer la peine, réduire les dommages intérêts, quand il s'agit de l'action d'un enfant, quand la négligence est légère, quand les dommages-intérêts seraient hors de proportion avec la faute commise. « Dans tous les cas, la volonté de l'agent exerce une influence notable sur sa responsabilité. Ce n'est pas qu'en s'attachant à la perversité de l'acte on puisse élever la somme des dommages-intérêts au delà du préjudice causé. Mais ne peut-on pas, au contraire, atténuer la réparation à cause de la bonne foi de l'agent? C'est ce qu'il parait difficile de nier en principe. La conscience se révolte aussi bien à l'idée d'un châtiment trop sévère qu'à l'idée d'une injustice qui n'est pas réparée. Dumoulin le reconnait : *Dico tamen in delictis condemnationem simplicis culpæ moderandam, quia non debet culposus æque teneri ac dolosus. (Tractat. de eo quod interest)* (2). M. Sourdat pose la question si le ménagement pour la faiblesse de l'âge, consacré par l'art. 67 du Code pénal, ne devrait pas être étendu à la fixation des indemnités et répond : « Nous le pensons. Car si la réparation se proportionne au préjudice causé, elle se mesure aussi à la faute d'où il résulte. Or il est clair que la faute est moins grande de la part d'un enfant (3).

(1) Sourdat, *loc. cit.*, p. 11.
(2) Sourdat, *loc. cit.*, p. 9.
(3) Sourdat, *loc. cit.*, pp. 11 et 457.

Ajoutons que lorsque la demande en dommages-intérêts est fondée sur un délit, on doit se montrer sévère à l'égard de celui qui l'a commis et apprécier d'une manière moins rigoureuse les pertes qui en sont résultées pour la victime de ce délit (1). »

« Les facultés intellectuelles de l'agent rendent la faute plus ou moins grave à son égard. S'il y a absence complète de volonté, on reconnaît qu'il n'est pas obligé; de même si elle n'est qu'imparfaite. En se tenant à la rigueur absolue des art. 1382 et 1383 du Code civil, on consacrerait souvent l'injustice... Nous penchons à croire qu'il faut admettre quelques tempéraments. La faiblesse humaine a aussi des droits auxquels il faut faire une certaine part, sous peine de se mettre en contradiction avec la conscience elle-même et de commettre une injustice sous prétexte d'en réparer une autre (1). »

« Ainsi tantôt, et ce sera l'hypothèse la plus ordinaire, le juge devra condamner à la réparation de tout le dommage, bien que la faute soit légère; tantôt il lui sera permis, à cause du peu d'importance du délit, de modérer les dommages-intérêts, de manière qu'ils deviennent une satisfaction morale plutôt qu'une réparation matérielle (3). »

Un homme, qui s'était rendu dans une fabrique appartenant à une société, y a été tué grâce à l'imprudence d'un commis. La veuve a réclamé à la société la somme de 50,000 francs à titre de dommages-intérêts.

En première instance la demande a été rejetée. La veuve a interjeté appel, et la Cour de Liège lui a donné raison, mais en modérant les dommages-intérêts. On lit dans les considérants : « Attendu que le malheur arrivé, n'étant que le résultat d'une faute légère qui se rapproche beaucoup du cas fortuit, il y a lieu d'arbitrer les dommages-intérêts à une somme modique, condamne l'intimé à payer à la partie appelante une somme de deux mille francs pour tous dommages-intérêts (4). »

On voit que l'arrêt est en contradiction manifeste avec la théo-

(1) Sourdat, *loc. cit.*, p. 100.
(2) Sourdat, *loc. cit.*, p. 658.
(3) Sourdat, *loc. cit.*, p. 660.
(4) Sourdat, *loc. cit.*, p. 657.

rie suivant laquelle le dommage doit être réparé en entier, même en cas de faute légère.

Il en est de même dans la pratique anglaise. Le jury fixe le taux des dommages-intérêts. On pense bien qu'il ne les accorde pas excessifs pour se conformer à une théorie. Les Cours n'y mettent pas obstacle. M. Fr. Pollock dit que l'arrêt dans la cause Nicols v. Marsland a virtuellement reconnu aux jurés la faculté de modérer les dommages-intérêts, quand une réparation entière serait trop dure (1).

Tout le monde sent, dit M. Pollock, qu'il y a une différence entre un tort qui est simplement le résultat d'une négligence, qui se rapproche du cas fortuit, et une offense qui est accompagnée d'insolence. Le taux des dommages doit être différent selon la nature de l'offense et les circonstances qui l'accompagnent (2).

Si le vendeur n'est pas coupable de dol, on peut modérer les dommages-intérêts, enseigne le Droit romain (3).

Les dommages-intérêts ne pourront jamais excéder le chiffre de la perte éprouvée. On est assez d'accord sur ce point. On peut cependant s'imaginer des cas où on pourrait être tenté de se départir de cette règle. Une personne est criblée de dettes; son créancier a des billets pour la somme de 20.000 francs, mais ne peut rien obtenir de son débiteur qui ne possède que des effets qui sont insaisissables d'après le Code de procédure civile (art. 592). Le créancier, en faisant une visite à son débiteur, détruit ses effets. Poursuivi en dommages-intérêts pour 300 francs, il oppose la compensation et offre au demandeur son billet de 1000 francs. En parlant d'un tel cas M. Sourdat dit : « Si l'on découvrait, dans la conduite du créancier, la pensée de se venger par de mauvais traitements de l'infortune de son débiteur, le juge saisi de la plainte de celui-ci pourrait élever la somme des dommages-intérêts de manière à déjouer ces odieux calculs (4). »

On sent parfaitement que le créancier se moque de la loi en

(1) Pollock, *loc. cit.*, p. 428.
(2) Pollock, *loc. cit.*, p. 172.
(3) L. 45, § 1, Dig. (19-1).
(4) Sourdat, *loc. cit.*, p. 138.

présentant comme paiement un billet sans valeur. Cependant, est-il possible, quand le dommage est de 300 francs, d'élever les dommages-intérêts à 20.000 francs et au-delà pour déjouer les « odieux calculs » du créancier? Nous doutons beaucoup qu'un tribunal ait le courage de le faire.

Ce qu'il y a de vrai dans la remarque de M. Sourdat, c'est qu'il y a des cas où la partie lésée n'est pas suffisamment protégée par l'obligation de l'auteur des dommages de payer des dommages-intérêts. Un cas comme celui dont nous avons parlé est assez insolite. Mais il n'est pas rare que l'action en dommages-intérêts devienne sans valeur parce que le délinquant n'a pas d'argent. Un vagabond cherche un gîte dans une grange. En s'en allant, il jette une allumette dont il s'est servi pour allumer sa pipe, et la grange prend feu.

Si le vagabond avait eu de la fortune, il aurait été puni de sa négligence en payant une grosse somme et ce serait justice. On n'a pas le droit d'être négligent et de ne se pas soucier de la ruine à laquelle on expose les autres. Est-il juste que le propriétaire soit sans protection contre le vagabond? Qu'il soit loisible au vagabond de provoquer la ruine du propriétaire? Dans le droit pénal danois l'incendie par imprudence est puni d'un emprisonnement, mais si l'imprudent paie le dommage, il est indemne. Cette règle n'a, selon nous, rien d'irrationel. La société doit protéger les propriétaires contre une négligence coupable.

Il s'ensuit qu'il y a lieu d'édicter une peine dans des cas où l'action en dommages-intérêts n'accorde pas de protection.

Les dommages-intérêts sont la *punition* de la négligence. La responsabilité existe seulement quand il y a une faute imputable à son auteur. La punition doit être efficace dans tous les cas, mais elle doit être proportionnée à la culpabilité du coupable (1).

(1) In all cases where a tort is attended by circumstances showing evil motive or wanton disregard of the plaintiffs right, the jury may, in discretion give damages in excess of compensation, by way of example and punishment. Sedgwick, *Elements of damages*, Boston, 1896, p. 85. It may be said also that all damages, *so far as the defendant is concerned* are punitive in their nature, Sedgwick, *loc. cit.*, p. 87.

Des dommages-intérêts quand plusieurs personnes sont coupables.

« La réparation est due tout entière par celui dont la faute a causé le dommage. Et cette obligation incombe évidemment à chacun des auteurs (1). » — « La solidarité doit être prononcée bien que la culpabilité de tous les prévenus ne soit pas la même, qu'ils aient pris au fait une part moins active les uns que les autres et que les peines prononcées contre eux soient différentes (2). » — « Dans le cas même où le délit ne serait point la suite d'un concert réfléchi entre les prévenus, la solidarité devrait être prononcée. On a dit que dans cette hypothèse, la complicité n'existait pas; qu'il n'y avait là que des actes isolés, ayant concouru accidentellement à un même fait, et qu'il était douteux que la loi eût voulu lier par une commune responsabilité des prévenus qui sont étrangers les uns aux autres. Mais il nous semble que si les prévenus ont commis le délit ensemble, au même lieu, envers les mêmes personnes, on est parfaitement dans les termes de la loi (3). »

En parlant ainsi on déplace la question. Les prévenus se sont-ils concertés sur le délit? C'est là une question de fait; quand ils ont commis le délit «ensemble, au même lieu, envers les mêmes personnes », on peut avoir raison d'en induire, qu'ils se sont concertés pour commettre le délit. Mais ce n'est pas cela dont il s'agit. Que faire dans un cas, où il n'y a aucune preuve que les prévenus se soient concertés? Voilà le cas qu'il importe de décider. Un travailleur est mal vu de ses camarades. Il est assez imprudent pour se rendre seul de son atelier à la ville. Il rencontre un camarade qui lui porte un coup, puis un autre, enfin un troisième, qui font de même. Les coupables ne se connaissent même pas. Doit-on les condamner solidairement à des dommages-intérêts? Le droit romain répond oui (4).

(1) Sourdat, *loc. cit.*, p. 142.
(2) Sourdat, *loc. cit.*, p. 149.
(3) Sourdat, *loc. cit.*, p. 150.
(4) *Sed si plures servum percusserint, utrum omnes quasi occiderint teneantur videamus, et si quidem apparet, cujus ictu perierit, ille quasi*

La raison en est, que la personne qui porte un coup à une autre doit être responsable des suites *possibles* de son acte. *Vulnera non ad mensuram dantur*. Il est impossible de dire lequel des trois malfaiteurs a causé le dommage. Mais il est établi que le défendeur est en faute et dans le doute s'il est l'auteur du dommage ou non, il vaut mieux décider contre lui que de laisser la personne lésée sans réparation. Il faut donc décider contre chacun des trois malfaiteurs qu'il est responsable du dommage entier.

Quand les malfaiteurs se sont concertés, nul doute qu'ils sont responsables du dommage entier, la solidarité s'impose alors.

Néanmoins, nous pensons en nous reportant à ce que nous avons remarqué, que les dommages-intérêts peuvent être modérés pour un ou plusieurs coupables sans qu'il y ait de raison pour le faire pour les autre. Par exemple, si un rassemblement a fait un dommage considérable, et s'il y a dans le rassemblement des mineurs qui se sont laissés entraîner par la foule.

Pour chacun des coupables, le taux des dommages-intérêts doit être fixé proportionnellement à sa culpabilité et à ses moyens. Quelques-uns des coupables auront pris une part considérable dans l'entreprise et sont à leur aise. Ils seront condamnés à payer le dommage entier. Pour quelques-uns de leurs complices, ce résultat serait trop sévère ; ils seront condamnés à payer avec les chefs une partie des dommages-intérêts.

Quand les tribunaux estiment qu'il serait trop dur de mettre la totalité des dommages-intérêts à la charge de quelqu'un des coupables, ils pourront exclure toute solidarité et partager la responsabilité entre eux.

Ainsi a été jugé dans une espèce rapportée par M. Sourdat. « Le jugement qui prononce la condamnation principale devrait fixer lui-même les portions respectives dont les délinquants seraient tenus dans le cas où on pourrait se rendre compte de la responsabilité qu'ils encourent les uns vis-à-vis des autres. La Cour de Nîmes a fait application de ce principe dans un arrêt du

occiderit, teneatur; quod si non apparet, omnes, quasi occiderint, teneri Julianus ait (Ulpian), L. 11, § 2, Dig. (9-2) *ad legem Aquiliam*, et L. 51, § 1. 2 Dig. (9-2).

14 juillet 1846. L'abaissement de tarifs de chemins de fer fut jugé illégal, et le tribunal de première instance de Nîmes, statuant sur la demande du sieur Lamouroux condamna les compagnies solidairement à 2000 francs de dommages-intérêts « qui seront supportés », ajoutait le tribunal, « savoir un tiers par la compagnie d'Alais à Nîmes et les deux autres tiers par la compagnie du chemin de fer de Montpellier à Nîmes ». Sur l'appel, ce jugement a été confirmé, la Cour adoptant les motifs des premiers juges; et le pourvoi en cassation formé par les compagnies a également été rejeté (1).

Si les dommages-intérêts ont été payés par un des coupables, on a enseigné qu'il n'a pas de recours contre les autres. La raison qu'on donne est que la morale ne permet pas qu'il puisse se fonder sur un acte illégal (*factum turpe*) pour réclamer une indemnité. Nous n'osons contester cette règle. Cependant, nous pensons qu'elle est trop absolue. M. Fr. Pollock après avoir dit que le délinquant n'a pas de recours contre ses complices, ajoute qu'il peut en être autrement, si l'agent a été de bonne foi. Chaque personne qui se sert d'une autre pour commettre une action que le principal pourrait sembler avoir le droit de l'autoriser à faire, s'oblige par cela à l'indemniser pour les actions qui auraient été légales si le principal avait eu l'autorité qu'il prétend avoir (2). Nous estimons qu'on peut aller plus loin. Le maître a décidé son domestique à commettre une action illégale. Le domestique traduit en justice reconnaît qu'il savait que l'acte n'était pas légal; il a cependant cédé à son maître; il était dans la dépendance de celui-ci, en désobéissant il risquait de perdre sa place. La partie lésée obtient un jugement contre le domestique en paiement de 10,000 francs. Si on suit la théorie d'après laquelle chaque délinquant doit payer le dommage entier, il nous semble excessivement dur de refuser à ce domestique, qui a vu sa fortune entière absorbée par cette condamnation, d'exercer un recours contre son maître. Celui-ci est infiniment plus coupable, il est dans l'aisance, il a abusé de son influence sur son domestique.

(1) Sourdat, *loc. cit.*, p. 540.
(2) Pollock. *loc. cit.*, p. 179.

Et il serait délié de toute responsabilité parce que la partie lésée a préféré s'en tenir au domestique (1)!

Les circonstances de complicité peuvent varier à l'infini et c'est par cette raison qu'il est difficile de donner une règle générale. Mais nous pensons qu'il faudrait reconnaître aux tribunaux le droit d'accorder un recours quand ils estiment que cela est conforme à l'équité.

Du préjudice dit moral.

Les dommages-intérêts sont la réparation d'un dommage appréciable en argent (2). Voilà la règle principale. « Mais un dommage matériel pécuniaire n'est pas le seul qui donne ouverture à l'action en réparation civile, un intérêt moral suffit (3). »

Il importe de distinguer entre ces deux catégories de dommages-intérêts. Il est impossible de contester qu'une personne ait le droit à une réparation quand elle a été lésée dans sa fortune par un acte illégal. Quand il n'y a pas de perte pécuniaire, il en est autrement.

« On a dit que l'argent ne saurait être le prix de la douleur. Nous répondrons que ce n'est pas tant une réparation efficace que l'on entend donner à la partie lésée, qu'un complément de satisfaction que l'on exige du coupable. L'application de la peine suffit à la vindicte publique, mais la personne blessée dans ses affections, dans sa réputation, a le droit d'exiger une compensation particulière à sa souffrance (4). »

Le sentiment de justice exige que le coupable soit puni. Ce sentiment est général, mais on comprend qu'il est plus vif chez la personne victime du délit. Elle n'est pas satisfaite en recevant les dommages-intérêts représentant seulement la perte matérielle qu'elle a éprouvée. Elle demande, en outre, ce que M. Sourdat appelle un complément de satisfaction. On peut cependant dis-

(1) *Et si cum uno agatur, ceteri non liberantur; nam ex lege Aquilia quod alius præstitit, alium non relevat quum sit poena*, L. 11 § 2, Dig. (9-2).

(2) Sourdat, *loc. cit.*, p. 7.

(3) Sourdat, *loc. cit.*, p. 25.

(4) Sourdat, *loc. cit.*, p. 26.

cuter sur le point de savoir si ce complément doit lui être donné en argent.

Les sentiments des nations diffèrent sur ce point. Le droit romain refusait absolument de donner une réparation en argent pour la douleur de la partie lésée et décidait ainsi même dans le cas où l'esclave tué aurait été le fils du demandeur (1).

Dans le Nord, dans des temps reculés, le meurtre était vengé par la famille. La satisfaction qu'on voulait n'était pas de l'argent, mais la mort du coupable. Pour mettre un terme à la guerre des familles, les lois introduisirent un dédommagement en argent en cas de meurtre. Mais ces lois n'avaient pas beaucoup d'effet. Quand on a offert les dommages-intérêts à un père, il a refusé en disant qu'il ne voulait pas porter le cadavre de son fils dans sa bourse. Ce père aurait été satisfait si l'État s'était chargé de punir le meurtrier de son fils et n'aurait pas exigé une somme d'argent comme une compensation pour sa souffrance. Cette manière de penser est encore celle des peuples scandinaves. Ce n'est que par exception que la loi accorde des dommages-intérêts pour un préjudice qui n'est pas une perte matérielle.

D'autres nations peuvent penser autrement. Nous accordons qu'on ne fait pas du tort au délinquant en lui faisant payer des dommages-intérêts pour la souffrance de la partie lésée. Mais nous estimons qu'il faut un texte de loi ou une jurisprudence bien établie pour accorder des dommages-intérêts de cette espèce.

Les héritiers sont-ils passibles des dommages-intérêts?

« En principe, chacun répond uniquement de son fait. » — « Les fautes sont personnelles. Celles d'autrui, dit Toullier, nous sont étrangères; la raison nous dit que chacun n'est garant que de celles qu'il a commises et qui peuvent lui être imputées; que l'auteur seul de l'offense doit la réparation à l'offense (2).

Si l'on se conforme à ce principe, c'est un contre-sens de dire

(1) *Si servum meum occidisti, non affectionem æstimandam esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occideret, quem tu magno emtum velles, sed quanti omnibus valeret*, L. 33, Dig. (9-2).

(2) Sourdat, *loc. cit.*, II, p. 2-3.

qu'une personne peut être responsable de la faute d'autrui. Il est impossible de dire que la faute commise par le *de cujus* soit imputable à ses héritiers. Ceux-ci sont complètement innocents. On ne peut, en conséquence, les faire payer pour une faute qui leur est étrangère (1).

Si les héritiers doivent être rendus responsables, c'est en vertu de la règle que les successeurs universels succèdent à la totalité du patrimoine du *de cujus*, à ses actions comme à ses obligations. Cette règle est vraie, mais elle n'est pas absolue. Ce ne sont pas toutes les actions du défunt qui passent à ses héritiers. Plusieurs législations accordent au blessé une action en dommages-intérêts pour avoir réparation de la douleur causée par la blessure, pour la défiguration qui peut en être la suite. Cette action est une partie du patrimoine du blessé et il peut la céder à un autre, mais elle est assez généralement considérée comme strictement personnelle et ne pourra être intentée par ses héritiers. Il en est de même pour d'autres créances. Si l'on s'accorde pour reconnaître que les héritiers ne succèdent pas à la totalité des droits du défunt, pourquoi poser en principe qu'ils succèdent à la totalité de ses obligations?

Si nous avons raison de dire que les dommages-intérêts sont l'effet d'une culpabilité, il est bien naturel de conclure qu'ils ne doivent frapper que le coupable (2).

De la responsabilité de la faute d'autrui.

Les législations ont introduit une responsabilité des fautes d'autrui. Le préposant est rendu responsable des fautes des préposés, l'armateur de celles de son capitaine et de son équipage.

Dans la théorie on a donné l'explication suivante : « La raison

(1) *Sed in heredem vel ceteros hæc actio non dabitur, quum sit pœnalis, nisi forte ex damno locupletior heres factus sit*, L. 23 § 7, Dig. 9-2, *De lege Aquilia*. L. 3 § 5, Dig. 11-6.

(2) Nous rappelons ce que nous avons dit, que nous ne nous occupons pas des fautes commises dans un contrat. Cette responsabilité contractuelle est différente de celle que nous traitons. Elle doit passer aux héritiers du contractant, parce qu'elle est de l'essence du contrat.

de cette responsabilité est que certaines personnes doivent veiller sur la conduite d'autres individus qui leur sont subordonnés à divers titres et empêcher le dommage que l'inexpérience ou la malice de ceux-ci pourrait causer (1). »

Dans beaucoup de cas, nous sommes disposé à dire dans la pluralité de cas, cette explication ne suffit pas. Comment est-il possible de dire que l'armateur doit payer, parce qu'il n'a pas empêché le dommage causé par l'inexpérience du capitaine?

Il s'agit ici d'une responsabilité *sui generis*, d'une responsabilité soumise à des règles spéciales. M. Pollock dit : « La loi reconnaît que certaines choses sont une source de risques extraordinaires, et si une personne expose ses voisins à un tel risque, on l'oblige, — quoique son acte ne soit pas coupable, — d'assurer son voisin contre tout dommage qui n'est pas dû à la force majeure (2). » C'est une dure règle que celle qui force une personne innocente à se charger des obligations d'un assureur; il se peut que la règle soit juste, mais il faut qu'elle soit soutenue par de très fortes preuves ou par des raisons très claires d'utilité publique (3).

Voilà la vérité. D'après le droit commun la négligence doit être prouvée; il y a plus, on doit prouver que la faute peut être imputée au défendeur. Dans l'espèce spéciale dont nous parlons le demandeur n'a pas à prouver qu'il y a faute ou négligence, c'est au contraire à l'armateur à prouver que la perte est due à la force majeure. Si cette preuve lui fait défaut, il est condamné à payer le dommage.

Si l'armateur est condamné parce qu'il n'a pas empêché le dommage dû à l'inexpérience du capitaine, il doit pouvoir se faire indemniser par le capitaine, qui est le véritable coupable.

Ce n'est pas le droit que nous pratiquons. L'armateur paie, mais il n'est pas indemnisé par le capitaine. Et ce n'est que justice. Car le capitaine n'a pas le profit de la navigation et n'en doit pas supporter les risques (4).

(1) Sourdat, *loc. cit.*, II, p. 3.
(2) Pollock, *loc. cit.*, p. 421.
(3) Pollock, *loc. cit.*, p. 425.
(4) A. Hindenburg, *De la faute en matière d'abordage*, Anvers, 1899.

Le progrès du droit.

Dans l'enfance des peuples, le droit n'existait pas. Il était remplacé par la vengeance. Chacun se faisait justice à soi-même, s'il le pouvait. Celui à qui on avait fait du tort se vengeait. La réparation était l'offre du coupable pour échapper à la vengeance. Comme la réparation devait satisfaire la partie lésée, il était indifférent que la blessure eût été faite volontairement ou par mégarde.

C'est l'immense progrès du droit romain que d'avoir proclamé le principe qu'il ne suffisait pas, pour mettre un dommage à la charge d'une personne, que celle-ci fût l'auteur du dommage. Il fallait que cette personne fût en faute, que le dommage lui fût imputable (1).

Si cela n'était pas le cas, le dommage était réputé fortuit. Le droit romain disait en conséquence que les actions en dommages-intérêts pour faute en dehors des contrats, ne pouvaient être intentées contre les héritiers.

En rendant pleinement justice au droit romain en ce qu'il a introduit l'idée de la culpabilité dans la matière des dommages-intérêts, M. Ihering (2) considère le droit moderne comme supérieur en ce qu'il a remplacé l'idée de la punition par celle de la réparation. Après avoir dit que c'était l'idée dominante du droit romain dans cette matière que la réparation devait être proportionnée à la culpabilité du délinquant, il dit que c'est un fait que l'idée de punition a dû céder à l'idée de la réparation dans le Droit civil (3). Le principe de la punition dans le Droit civil est l'idée d'un degré de civilisation inférieure, qui doit nécessairement être abandonnée avec le développement du droit pour céder la place au principe de la réparation (4).

M. Ihering arrive au résultat que la réparation est due en son

(1) *Impunitus est qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit*, Gaius, III, 211.

(2) *Das Schuldmoment in Römishem Privatrecht*, Gressew, 1867.

(3) *Das Schuldmoment*, S. 61.

(4) *Loc. cit.*, S. 66.

entier et qu'elle doit être payée par les héritiers du coupable. Le progrès du droit est, selon lui, qu'on a, dans la matière des dommages-intérêts, tout à fait abandonné le principe de la punition. Il ajoute cependant que c'est une question de savoir si le principe de la réparation peut donner à la société la même sécurité que le principe de la punition lui offre « incontestablement », et il répond que dans l'état actuel de la procédure civile ce n'est pas le cas.

Il est alors permis de douter si c'est un progrès de séparer absolument le principe de la punition et le principe de la réparation. C'est un progrès évident que d'abandonner l'idée de la vengeance et de la faire remplacer par le droit. La vengeance m'appartient, dit le Seigneur. En défendant aux citoyens de se faire justice à eux-mêmes, l'Etat leur doit protection. Mais ce devoir ne peut être absolu. La fortune est toujours exposée à des périls, à des cas fortuits. L'Etat n'a aucune obligation de garantir contre ces éventualités. C'est l'affaire des assurances. C'est seulement lorsque le dommage causé peut être imputé à une personne que l'Etat intervient. Il doit punir cette personne pour lui apprendre à ne pas recommencer. Si la personne dont il s'agit a des moyens, la réparation du dommage est la punition qui s'impose.

La vengeance est l'effet de la passion. Elle ne connaît pas de mesure. La punition au contraire est demandée par la justice. Elle doit être proportionnée à la culpabilité.

Le paiement de dommages-intérêts est une punition (1). Il est possible que la personne qui les paie ajoute qu'elle les paie de bon cœur. Mais c'est alors par la raison que cette personne, se sentant en faute, éprouve un besoin de réparer cette faute. Beaucoup de criminels ont le besoin d'expier leur crime en étant punis.

Il s'ensuit que le dommage ne doit pas être réparé en entier en tous les cas, si on reconnaît que la punition doit être proportionnée à la culpabilité.

(1) En parlant des obligations dont nous traitons M. Pollock dit : « They « always involve *dolus* or *culpa*, and the remedies by which they are « redressed are penal. » *The law of torts*, p. 17; L. 11 § 2, Dig. (9-2).

Le droit romain était plus sévère contre les débiteurs que le droit moderne. A l'heure qu'il est, beaucoup de personnes échappent aux condamnations pécuniaires en vertu des dispositions qui, par des motifs d'humanité, ordonnent de laisser au débiteur ce qui lui est indispensable. Il n'est pas permis à la vérité, à l'homme pauvre de faire du tort à son prochain par malice ou par négligence. S'il le fait, il est condamné à des dommages-intérêts. Mais cette condamnation n'a aucune valeur. L'huissier constate que le débiteur ne possède rien qui puisse être sujet à la saisie.

Si la personne condamnée à une amende est hors d'état de la payer, elle doit payer de sa personne. Pourquoi ne pas substituer une pénalité dans le cas où le malfaiteur ne peut pas payer la réparation?

Mais, si une personne pauvre est quitte pour quatre jours de prison en cas de négligence, pourquoi ruiner une personne qui possède quelque chose en la condamnant à payer 20.000 francs? Elle est traitée avec infiniment plus de sévérité que le vagabond. Et cependant le droit doit être égal pour tout le monde.

En proclamant comme une règle de justice que le dommage doit être réparé en son entier, on se fonde sur l'idée que la personne lésée a un droit naturel à un dédommagement complet (1). Mais cette idée est incompatible avec la justice, qui exige que la punition soit proportionnée à la faute commise.

La réparation doit être accordée quand cela peut se faire sans blesser l'idée de la justice. Le créancier dont il est parlé plus haut, devait être condamné à restituer en nature les effets qu'il a détruits à son débiteur sans pouvoir se servir de la compensation.

Mais nous penchons à croire qu'il ne faut pas accorder une réparation pour le préjudicé dit moral. Ce n'est pas qu'on fasse du tort au délinquant en le forçant à donner une réparation de cette espèce. C'est une aggravation de sa punition, qui peut être justifiable. Mais quant à la personne lésée, la religion chrétienne

(1) « Entre l'auteur du dommage qui a commis une faute même légère et la victime de cette faute qui n'a rien à se reprocher, le choix ne saurait être douteux : la perte doit retomber sur celui qui est en faute, » Sourdat, *loc. cit.*, I, p. 658.

lui ordonne de pardonner. Est-ce qu'il n'y a pas une idée de vengeance, quand la personne lésée demande une réparation en argent à cause de la douleur qu'elle a soufferte? On peut dire, que si la religion nous ordonne de pardonner, cela ne doit pas être une règle de droit. Quand on nous a fait du tort, c'est un sentiment naturel que de demander une réparation au coupable. Ce n'est là que justice. Et si c'est un sentiment universel, il est naturellement plus vif chez la personne victime du délit.

Tout cela n'est pas sans fondement. Mais si la partie lésée ne veut pas pardonner, elle doit se contenter de la punition que la loi a jugée convenable. C'est la différence entre la vengeance et la punition. On ne peut pas dire par cette raison que la personne froissée dans ses sentiments a droit à un « complément de satisfaction », qui dépasse le châtiment que la loi a fixé.

La vengeance doit disparaître pour faire place à la réparation et à la punition; la passion doit faire place à la justice.

HINDENBURG.

DU GROUPEMENT DES PETITS ACTIONNAIRES DANS LES SOCIÉTÉS ANONYMES,

Par M. R. Sautter.

Parmi les questions délicates que soulève l'application de la loi du 1er août 1893 « portant modification de la loi du 24 juillet 1867 sur les Sociétés par actions », il est intéressant de signaler les difficultés particulières auxquelles donne lieu l'interprétation des dispositions légales qui ont institué, en faveur des petits actionnaires, la faculté de groupement.

D'après la loi du 24 juillet 1867, les fondateurs peuvent organiser, comme ils l'entendent, la représentation des actionnaires dans les assemblées générales.

L'art. 27 de ladite loi s'exprime, en effet, ainsi : « Les statuts déterminent le nombre d'actions qu'il est nécessaire de posséder, soit à titre de propriétaire, soit à titre de mandataire, pour être admis dans l'assemblée. »

Conformément à cette prescription légale, les statuts de la plupart des sociétés exigent la possession d'un certain nombre d'actions (10, 20, 25, etc.), pour avoir le droit d'assiste aux assemblées générales.

Sous l'empire de cette législation, lorsque les statuts d'une société décidaient que l'assemblée se composerait des actionnaires propriétaires d'un certain nombre de titres (20, par exemple), les actionnaires d'un nombre de titres inférieurs au minimum exigé ne pouvaient se réunir pour former des groupes suffisants et voter par mandataire (1).

Bientôt, par suite du développement de la richesse mobilière et du mouvement, chaque jour plus considérable, qui pousse les classes moyennes à s'intéresser aux grandes entreprises financières, industrielles, agricoles ou commerciales de notre pays, les actions des principales sociétés se répandirent dans le public, se divisèrent entre un plus grand nombre de porteurs, bref, le titre tendit à se classer, suivant une expression de bourse; d'ailleurs, plus le titre est sérieux, plus l'administration de la société paraît sage et prudente, plus le titre se classe. D'un autre côté, le haut cours atteint par certains titres, dont le prix dépasse parfois plusieurs milliers de francs, amène forcément la division des actions entre un plus grand nombre de porteurs.

Tous ces faits économiques, qui sont la conséquence, d'ailleurs heureuse, d'un nouvel état social, ont eu des résultats inattendus sur l'administration des sociétés, particulièrement de celles dont le public apprécie le plus la sagesse et l'honnêteté.

En effet, sous l'empire de la loi de 1867, non seulement il était devenu très difficile, pour ne pas dire impossible, de réunir le nombre d'actionnaires nécessaires à la réunion d'une assemblée extraordinaire (ce nombre devant représenter la moitié, au moins, du capital social), mais il était souvent même difficile de réunir les actionnaires representant le quart du capital social, *quorum* indispensable, d'après la loi de 1867, art. 29, à la tenue d'une assemblée générale ordinaire.

(1) Voir arrêt de la Cour de Lyon du 29 décembre 1882 (*Journal des sociétés*, 1886, p. 374).

Le monde des affaires s'émut de cette situation qui n'était pas sans gravité et qui, en se prolongeant, pouvait nuire sérieusement à la bonne marche de certaines sociétés. Ainsi, supposons une société qui, pour augmenter son champ d'action, ait besoin de modifier ses statuts, d'augmenter, par exemple, son capital social : tout lui conseille une pareille mesure, les actionnaires sont d'accord pour la demander, lui sera-t-il impossible de prendre cette résolution parce qu'elle ne pourra pas réunir, en assemblée générale extraordinaire, un nombre d'actionnaires suffisant pour représenter la moitié, au moins de son capital social?

On faisait encore valoir d'autres raisons en faveur d'une modification à apporter à la loi de 1867; en effet, par le fait même de la mise hors l'assemblée d'un grand nombre d'actions et, partant, d'actionnaires, le contrôle exercé par l'assemblée générale sur les administrateurs par elle élus devenait illusoire; les Conseils d'administration n'avaient plus, alors, en présence que quelques gros actionnaires avec lesquels il leur fallait compter, mais n'avaient plus à s'inquiéter des petits porteurs qui ne pouvaient confier à personne la défense de leurs intérêts.

Ces raisons, et d'autres encore, inspirèrent le Congrès des sociétés par actions qui, tenu à Paris en 1889, émit le vœu que « nonobstant toutes clauses contraires des statuts, les actionnaires pussent grouper leurs actions pour parvenir au nombre d'actions exigé. » Cette règle avait, du reste, déjà été admise par le Code de commerce portugais de 1888 (art. 183, § 4).

M. Graux et plusieurs de ses collègues présentèrent à la Chambre des députés, en 1890, une proposition de loi en ce sens. Cette proposition fut adoptée par la Commission de la Chambre. « Nous y trouvons comme lui (M. Graux), dit M. Clausel de Coussergues, rapporteur, l'avantage de régler d'une manière plus conforme au principe de l'égalité des droits entre associés la participation des actionnaires à l'administration et à la surveillance de la Société. Nous y trouvons, en outre, un avantage pour la tenue des assemblées générales. La pratique démontre qu'elles deviennent souvent difficiles à constituer, par suite de la diffusion des actions qui réduit le nombre des associés possédant le chiffre de titres requis. Cet inconvénient ne peut aller qu'en

s'aggravant. La faculté de grouper que nous introduisons dans l'art. 27 de la loi de 1867, y remédiera, dans une certaine mesure. »

En conséquence, l'art. 4 de la loi du 1er août 1893 a ajouté ce qui suit au § 1er de l'art. 27 de la loi du 24 juillet 1867 : « Tous propriétaires d'un nombre d'actions inférieur à celui déterminé pour être admis dans l'assemblée pourront se réunir pour former le nombre nécessaire et se faire représenter par l'un d'eux ».

De cette nouvelle disposition légale, il résulte ce qui suit : si, d'après les statuts d'une société anonyme, il faut posséder au moins vingt actions, par exemple, pour avoir le droit d'assister aux assemblées générales et de voter, divers actionnaires propriétaires chacun de moins de vingt actions peuvent réunir leurs titres entre les mains de l'un d'eux pour atteindre, par cette réunion, vingt actions au moins, et le charger de participer pour eux à l'assemblée générale ordinaire ou extraordinaire.

L'article 4 de la loi du 1er août 1893 concerne toutes les sociétés anonymes constituées après la mise en vigueur de cette loi, et les sociétés qui, depuis, se sont transformées en sociétés anonymes. Concerne-t-il également les sociétés anonymes constituées avant la loi nouvelle? Les petits actionnaires de ces sociétés ont-ils le droit de se grouper?

La question est importante. Si l'on admet que ce droit appartient même aux actionnaires des sociétés anonymes constituées antérieurement à la loi nouvelle, et si ces petits actionnaires ne sont pas convoqués aux assemblées (au cas où les titres sont nominatifs) ou si on leur refuse l'accès à ces assemblées, il en résultera que les assemblées tenues dans ces conditions seront irrégulières. Si l'on admet la solution contraire, et que les petits actionnaires soient admis aux assemblées générales auxquelles ils n'auraient pas le droit de prendre part, on pourrait soutenir que les assemblées ont été irrégulièrement composées et que leurs délibérations sont nulles (1).

La loi de 1893 est, sur ce point, diversement interprétée dans la pratique. Certaines sociétés constituées antérieurement à la loi

(1) Voir par analogie, Cass. 30 avr. 1894.

du 1er août 1893 indiquent, dans leurs avis de convocation aux assemblées générales, que les actionnaires, propriétaires d'un nombre d'actions inférieur à celui fixé par les statuts, ont le droit de se grouper. Nous citerons, notamment dans ce sens, l'avis que la Compagnie générale d'assurance contre les accidents a adressé à ses actionnaires en les engageant à se grouper en vue d'arriver à la constitution d'une assemblée générale extraordinaire, convoquée dans le but de modifier les statuts sociaux (1); et les avis adressés aux actionnaires de la Rente foncière (2), de la Société anonyme des houillères de Saint-Etienne (3) et de la Société des anciens établissements Cail (4). D'autres sociétés, au contraire, appliquent purement et simplement leurs statuts sans tenir compte de la loi nouvelle et rappellent, dans les avis de convocation, que, d'après les statuts, il faut être propriétaire de tant d'actions pour avoir le droit d'assister à l'assemblée générale.

En doctrine comme en pratique, la question est controversée.

Certains auteurs, notamment MM. Faure (5) et Genevois (6), estiment que la disposition ajoutée à l'art, 27 de la loi de 1867 doit être appliquée dans les sociétés déjà existantes comme dans les sociétés nouvelles. « Cela résulte, évidemment, écrit M. Faure, de la nature comme des termes de cette disposition. D'ailleurs le privilège concédé, par les statuts antérieurs à la loi, aux gros actionnaires, d'assister seuls aux assemblées, ne saurait être considéré comme constituant à leur profit un droit acquis auquel la faculté de groupement accordée aux petits actionnaires porterait atteinte ».

Cette solution n'est pas unaniment approuvée. En effet, certains auteurs, entre autres MM. Lyon-Caen et Renault (7), Houpin (8), Bouvier-Bangillon (9), soutiennent que la loi de 1893

(1) Voir *Affiches Parisiennes*, 7 avr. 1897.
(2) Voir *la Loi* du 10 avr. 1897.
(3) Voir *le Droit*, 2 mai 1897.
(4) Voir *le Droit*, 7 mai 1897.
(5) Faure, *La loi nouvelle sur les sociétés par actions*, p. 200.
(6) Genevois, *Le nouveau régime des sociétés*, V. p. 57.
(7) Lyon Caen et Renault, *Traité de Droit commercial* (3e édit.), II, n° 8543.
(8) Houpin, *Journal des sociétés*, 1895, p. 13.
(9) Bouvier-Bangillon, *Loi 1er août 1893*, p. 121.

forme un tout, un bloc dont on ne peut détacher aucune partie et qu'une compagnie ne saurait utiliser à son profit l'une des dispositions de cette loi sans l'avoir formellement adoptée dans toutes ses parties : de plus le principe fondamental d'après lequel les lois n'ont pas d'effet rétroactif doit être appliqué ; et la validité et les effets d'un contrat doivent être déterminés d'après la loi en vigueur au moment où ce contrat a été formé. La stipulation des statuts des sociétés anonymes constituées antérieurement à la loi nouvelle, d'après laquelle les assemblées générales ordinaires et extraordinaires sont composées des actionnaires propriétaires d'au moins un nombre déterminé d'actions est valable et doit recevoir son exécution entre tous les actionnaires. La disposition d'une loi postérieure qui permet aux petits actionnaires de se grouper pour former ce nombre et de se faire représenter par l'un d'eux ne peut s'appliquer aux sociétés antérieurement constituées dans d'autres conditions. L'art. 7 de la loi du 1er août 1893, relatif aux dispositions transitoires, ne dit pas que l'art. 4 (droit de groupement) s'appliquera même aux sociétés constituées antérieurement, comme il l'a fait, en ce qui concerne les dispositions nouvelles apportées aux art. 8 et 42 de la loi de 1867 ; il faut en conclure, écrivent nos auteurs, conformément au principe de droit commun, que l'article 4 de la loi nouvelle n'a pas d'effet rétroactif et ne saurait être appliqué, en *l'absence d'une disposition expresse*, aux sociétés constituées antérieurement à cette loi.

La jurisprudence semble se ranger à ce dernier système. En effet, dans un arrêt de la première Chambre de la Cour de Paris rendu le 19 février 1897 (1), nous lisons les considérants suivants : « Considérant qu'il est de principe que les lois n'ont point d'effet rétroactif ; qu'il n'y a à cette règle d'autres exceptions que celles relatives aux lois pénales ou à celles concernant la capacité des personnes ; qu'admettre le contraire serait porter atteinte à des intérêts légitimes et modifier des conventions librement consenties à l'origine, ou ratifiées postérieurement par une adhésion implicite ; que, si la loi nouvelle a voulu assurer la représentation des unités et faciliter le groupement des petits porteurs de titres,

(1) Voir *Journal des sociétés*, 1897, p. 173.

il ne résulte point de son texte et de ses travaux préparatoires, notamment au Sénat, qu'elle ait entendu statuer autrement que pour l'avenir, et que des considérations d'ordre public, devant nécessairement rétroagir dans le passé, aient été déterminantes de ses positions, spécialement de celles de l'art. 4 invoqué par W...; — qu'en effet, l'art. 7 de la loi de 1893 établit expressément l'effet rétroactif pour deux dispositions autres que celles de l'art. 4, et qu'il les vise limitativement; que l'art. 4 lui-même, modifiant le § 1er de l'art. 27 de la loi de 1867, spécial aux sociétés anonymes, s'applique à ces sociétés seulement, et non à celles en commandite; ce qui exclut la pensée d'une mesure d'ordre public ou d'intérêt général en matière de sociétés par actions. »

Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation le 29 juin 1899; cependant la Cour suprême n'a pas cru devoir trancher en droit la question qui lui était posée et elle s'est contentée de chercher dans les éléments de fait de la cause des motifs de décision.

La Cour de cassation s'est ainsi exprimée (1) : « Attendu, *sans qu'il soit besoin d'examiner si l'art. 4 de la loi du 1er août 1893 s'applique aux sociétés constituées antérieurement*, qu'il résulte des *constatations* de l'arrêt attaqué que les petits porteurs d'actions qui se sont présentés à l'Assemblée générale du 17 mai 1894 y ont été admis, que leur présence n'a été l'objet d'aucune protestation, et ne peut être considérée comme le résultat d'aucune manœuvre frauduleuse ; qu'en l'état de ces *constatations*, l'arrêt attaqué a pu, sans violer aucune loi, rejeter la demande en nullité de l'Assemblée du 17 mai 1894, comme irrégulièrement composée. »

La jurisprudence semble donc, jusqu'à nouvel ordre, interpréter l'art. 4 de la loi du 1er août 1893 dans le sens le plus étroit et refuser d'accorder aux actionnaires des sociétés constituées antérieurement à la loi du 1er août 1893 la faculté de se grouper.

Les hommes d'affaires, à l'initiative de qui est due la proposition

(1) Cass. 29 juin 1899, *Gazette des Tribunaux*, 5 juill. 1899.

de loi qui est devenue par la suite la loi du 1er août 1893, n'ont pas vu sans regret et sans étonnement les décisions de la jurisprudence les privant d'une faculté qui leur était si nécessaire en pratique pour la tenue des assemblées générales.

Des auteurs, dans le but de concilier les exigences de la pratique avec les décisions de la jurisprudence, ont alors fait observer que « l'assemblée générale des actionnaires, autorisée par les statuts à modifier le pacte social, conformément à l'art. 31 de la loi de 1867, pouvait valablement, par voie de modification des statuts, faire adhésion à la loi de 1893 et, en conséquence arriver à grouper ses actionnaires dans les conditions de la loi nouvelle (1). »

Mais qui ne voit que cet argument consiste uniquement à répondre à la question par la question?

En effet, d'après l'art. 31 de la loi du 24 juillet 1867 une assemblée générale *extraordinaire* composée d'un membre d'actionnaires représentant la moitié, au moins, du capital social est *seule* compétente pour apporter des modifications aux statuts sociaux et s'il est impossible de réunir une telle assemblée pour décider, par exemple, sur une augmentation du capital social, il sera tout aussi impossible de convoquer une pareille assemblée afin de faire adhésion à la loi du 1er août 1893.

En d'autres termes, les compagnies créées antérieurement à la loi du 1er août 1893 se trouvent, d'après la jurisprudence, dans la situation suivante sur laquelle nous nous permettons d'appeler toute la sollicitude du législateur; ces sociétés, en effet, ne peuvent augmenter ni diminuer leur capital social ni se transformer de quelque manière que ce soit, puisque l'art. 4 de la loi du 1er août 1893 n'ayant pas d'effet rétroactif, elles ne peuvent pas grouper leurs petits actionnaires, et par conséquent il leur est impossible de se soumettre à la loi du 1er août 1893, puisqu'en vertu de la loi du 24 juillet 1867, art. 31, une telle décision ne peut être valablement prise que par une assemblée générale extraordinaire composée d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social.

(1) Houpin, *Journal des sociétés*, 1895, p. 14.

Ces faits constituent donc pour les sociétés anonymes une situation particulièrement délicate et nous sommes convaincus que les pouvoirs publics, s'inspirant des véritables intérêts économiques du pays, voudront y porter remède en soumettant aux Chambres un projet de loi indiquant clairement que la faculté de groupement des petits actionnaires, créée par la loi du 1er août 1893, s'applique aussi bien aux sociétés fondées avant la loi de 1893 qu'à celles qui ont été créées après ladite loi.

En ce faisant, le gouvernement n'aura qu'à s'inspirer des principes qui ont poussé le législateur à adopter la loi du 1er août 1893; nous lisons, en effet, dans le discours du rapporteur de la loi à la Chambre des députés que les auteurs de la loi de 1893 ont entendu « assurer à l'actionnaire le plus infime le droit d'être représenté aux assemblées et de se syndiquer pour organiser cette représentation », redoutant, tout au contraire, « que les sociétés rédigeassent leurs statuts de façon, non seulement à évincer le petit actionnaire, mais même à empêcher le groupement des petits porteurs d'actions ».

Le législateur de 1893 s'est donc montré des plus favorables à la représentation des petits actionnaires, et l'on peut se demander si ce n'est pas méconnaître ses intentions que de restreindre un droit qu'il a entendu protéger par-dessus tout?

R. SAUTTER.

BIBLIOGRAPHIE

De la faillite civile. — Nécessité de son organisation.

ÉTUDE DE DROIT COMPARÉ ET DE LÉGISLATION

par M. André Dupin, docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Grenoble;

Compte rendu par M. Léon Adam, avocat à Versailles.

Le mot de *faillite* a toujours sonné désagréablement aux oreilles. L'état de faillite et ses conséquences ont cependant été considérés comme d'une nécessité absolue, nécessité de sauvegarde et de garantie pour les créanciers, nécessité aussi de pro-

tection pour le débiteur. Mais, jusqu'ici, cette situation, qui va jusqu'à enlever à ce dernier l'exercice de droits importants et même l'administration et la libre disposition de ce qui lui appartient, n'a été imposée qu'aux seuls commerçants; et encore, la loi du 4 mars 1889, instituant la *liquidation judiciaire*, est venue tempérer ce que les règles de la faillite avaient de trop rigoureux pour les commerçants malheureux, mais de bonne foi.

Pour les non-commerçants, malgré la publication d'études, de mémoires et même des propositions de loi déjà anciennes, le législateur n'a pas encore tenté d'imposer à leur insolvabilité la liquidation forcée, avec dessaisissement de la masse de leur patrimoine.

La déconfiture, semble-t-on dire, est rarement grave pour les tiers, qui connaissent leur débiteur, vivent près de lui, peuvent se précautionner. En outre, l'insolvabilité peut n'être que passagère. Enfin, il n'y a pas, dans la situation d'un non-commerçant, des intérêts d'ordre public aussi gravement engagés que celui du crédit commercial, qui se trouve lié avec la fortune des commerçants du même pays. Des précautions, du reste, sont inscrites dans nos codes contre l'insolvabilité des non-commerçants; elles suffisent. A quoi bon des prescriptions et des rigueurs nouvelles!

C'est, croyons-nous, se payer de mots que de raisonner ainsi. La facilité et la rapidité des communications, l'éloignement forcé des personnes susceptibles d'avoir entre elles des relations juridiques, les changements qui se sont produits depuis un siècle dans la nature même des fortunes, la mobilité et aussi la fragilité de la fortune mobilière, si importante à l'heure présente, tout indique qu'une réglementation générale s'impose aussi bien à la liquidation des biens d'un non-commerçant en déconfiture qu'à celle d'un commerçant qui a cessé ses paiements.

Les prescriptions que l'on peut découvrir dans notre Code civil sont isolées, faites seulement pour certains cas et au profit de certaines personnes (1). Elles sont devenues insuffisantes, et l'extension que la jurisprudence a donnée à quelques déchéances particulières, en les appliquant à l'état de déconfiture (2), n'a pu

(1) Conf. Code civil, art. 1276, 1446, 1613, 1865, 1913, 2003, 2032-2°.

(2) V. les Codes annotés de Dalloz et de Sirey, sous les art. 1168, C. civ.; 134, C. pr. civ.; 552, C. com.

combler le vide de notre législation sur le point qui nous occupe.

M. André Dupin, dans son ouvrage d'une parfaite exactitude de documents et par des considérations indiscutables de droit et d'équité, se prononce très nettement pour une réforme et, si dur que soit le mot, pour l'organisation d'une *faillite civile*.

Il ne manque pas de démontrer, en effet, la pauvreté de nos codes sur cette matière et l'inefficacité de certains expédients, tels que les nominations de séquestres, d'administrateurs, de liquidateurs judiciaires, si étendus que soient leurs pouvoirs. Ces sortes d'institutions ont été, du reste, repoussées jusqu'ici par la Cour suprême, comme contraires à l'ordre public et aux dispositions de l'art. 537 du Code civil. En fait, elles ne peuvent être utilement employées qu'avec l'accord parfait et constant de tous les créanciers et du débiteur.

« Il faut, à notre avis, dit très justement M. Dupin, organiser « une procédure collective pour tous les insolvables, parce que, « dans toutes ces liquidations, il convient d'assurer le respect « des principes posés par les art. 2092 et 2093 de notre Code « civil et qu'il n'y a pas d'autre moyen d'y parvenir. »

Reste à fixer, et c'est la tâche que s'est donnée l'auteur, le mode de liquidation.

Il n'est pas nécessaire, ajoute-t-il, de soumettre le commer- « çant et le non-commerçant à une procédure de liquidation iden- « tique. Aucun principe juridique n'est en jeu ici, et c'est une « simple question d'opportunité. L'état actuel de nos mœurs nous « oblige, croyons-nous, à tenir compte, dans les détails d'organi- « sation, de la profession du débiteur, de ses habitudes et de « ses besoins.

« En résumé, nous maintenons une distinction entre les « divers insolvables, mais nous appliquons aux uns et aux « autres une théorie supposée commune qui répond aux prin- « cipes de toute justice et ne peut être limitée à une classe de « personnes. »

Pour procéder logiquement, M. Dupin fixe d'abord les éléments constitutifs de la déconfiture et ses effets tant à l'égard du débiteur qu'à l'égard des tiers. Puis il examine en détail les deux modes de liquidation entre lesquels il veut établir un paral-

lèle : *la procédure individuelle du système français,* dans une première partie, — et, dans une seconde, *l'organisation collective des législations étrangères.* L'appréciation de leur valeur respective et les reformes désirables font l'objet de la dernière partie de l'ouvrage.

Les défauts du système de *procédure individuelle,* — multiplication des poursuites, difficultés et frais des distributions, complications survenant par le décès du débiteur, — sont relevés très justement par l'auteur, qui n'en indique pas moins scrupuleusement les quelques avantages, impuissants à compenser les vices de ce système.

Quant aux systèmes de *procédure collective,* admis par un grand nombre de législations étrangères, ils se divisent en deux groupes :

Le premier, comprenant l'organisation de deux procédures distinctes, l'une pour les commerçants, l'autre pour les non-commerçants (Espagne, Autriche et Hongrie, Suède et Pays Scandinaves); — le deuxième, soumettant tous les insolvables à un même régime (Allemagne, Angleterre, Pays-Bas).

Toutes les lois de chaque pays, avec leurs applications et leurs résultats, sont étudiées avec le plus grand soin dans l'ouvrage de M. Dupin, et ces deux chapitres de droit comparé présentent un intérêt sur lequel il est inutile d'insister.

La Suisse est classée à part et fait l'objet d'un chapitre spécial. Dans cette contrée, en effet, l'état, la capacité, la situation des personnes et des biens sont fixés le plus souvent par une inscription sur des *registres,* inscription qui peut toujours être modifiée au gré des déclarants. Un registre, dit *de commerce,* est donc établi, sur lequel peut se faire inscrire toute personne, à quelque profession qu'elle appartienne. Cette inscription, en cas de déconfiture, la soumet au mode de liquidation institué par la loi fédérale du 11 avril 1889.

M. Dupin étudie de très près cette loi, et rapporte cette intéressante conclusion de la statistique du département fédéral de justice et de police, au sujet de la décroissance du chiffre d'inscriptions, qui s'élevait en 1885 à 2133 et était tombé en 1898 à 755 . « La forte diminution qu'accusent les années 1891 et sui-

« vantes (1) paraît provenir du fait de l'entrée en vigueur de la « loi fédérale sur les poursuites et la faillite : c'est-à-dire sur la « crainte qu'éprouvaient les personnes inscrites d'être soumises à « la poursuite par voie de faillite. »

L'inscription a donc eu peu de succès auprès du débiteur, et pas davantage auprès du créancier, dont elle lie les mains et auquel elle interdit d'avoir recours aux saisies.

La dernière partie du livre contient l'appréciation critique des systèmes examinés et une conclusion, aussi remarquables que le travail qui les précède.

Nécessité de l'organisation de la déconfiture au point de vue juridique comme au point de vue économique; critique de la théorie de l'unité de la faillite; organisation d'une *faillite civile*, avec ses causes d'ouverture, qu'elle soit sollicitée par l'insolvable lui-même ou par ses créanciers; conditions et conséquences de la faillite civile, pénalités et déchéances, dessaisissement, suspension du droit de poursuite des créanciers, système des nullités spéciales, liquidation collective, avec distinction entre les déconfitures minimes et les déconfitures importantes, solutions et en particulier concordat de majorité, toutes les questions se rattachant à son sujet sont mises au point et traitées par l'auteur avec une justesse de vues et une précision parfaites.

Peut-être une réserve serait-elle à faire sur cette partie de sa conclusion. Après avoir rappelé qu'en Suisse « la faillite et la « saisie s'excluent l'une l'autre », et que, lorsqu'il s'agit d'une personne inscrite au registre de commerce, « la procédure de « faillite doit être mise en mouvement, même pour lui réclamer « une somme peu importante », M. Dupin ajoute : « Il ne saurait « en être ainsi chez nous. La procédure de liquidation collective, « organisée pour tous, ne supprimera pas les saisies. Elle viendra « simplement s'ajouter aux modes d'exécution dont le créancier « dispose déjà. »

Notre réserve ne porterait, d'ailleurs, que sur les frais d'une double procédure, dont la première partie, — saisies, etc., —

(1) En 1890, il y eut 1732 inscriptions; l'année suivante elles descendirent brusquement à 1049, et en 1892 à 982.

devrait, s'il fallait l'accepter, être poursuivie avec une discrétion et une mesure, que la masse des créanciers pourrait toujours apprécier plus tard, afin de l'admettre ou non en privilège.

Le travail de M. Dupin ne se recommande pas seulement à l'attention comme un livre curieux à parcourir; il fait entrevoir, sur la question si grave et si complexe dont il a entrepris l'étude, une solution très nette et très pratique, qui peut être celle de l'avenir.

Nous ne pouvons mieux faire, en terminant cet article, — que l'intérêt du sujet nous a fait écrire plus longuement qu'un simple compte-rendu, — que de reproduire les dernières lignes du livre. Rien ne saurait plus exactement caractériser la réforme de *la faillite civile* : « Elle ne modifie aucun principe de droit; elle a « seulement pour but de combler une lacune et d'assurer le res- « pect des droits des créanciers. En présence d'un débiteur insol- « vable, ceux-ci ne se trouveront plus désarmés. Ils feront déclarer « la faillite civile et mettront ainsi l'insolvable dans l'impossibi- « lité de dissiper ses biens ou d'avantager l'un d'entre eux au « détriment des autres. Grâce à l'organisation collective qui « suivra, ils pourront enfin sauver les débris de leur gage, plus « sûrement, plus rapidement et à meilleur compte qu'avec le « système de la déconfiture actuelle. »

LÉON ADAM.

Manuel juridique des maladies contagieuses des animaux domestiques,

Par M. Félix MERCIER, avoué honoraire, professeur de législation rurale, avec la collaboration de M. Ernest DUBOS, officier du Mérite agricole, vétérinaire départemental honoraire, vice-président de la Société d'agriculture de Beauvais.

Compte-rendu par M. Henri PAUDHOMME, docteur en droit, juge d'instruction à Lille.

Cet ouvrage comble une véritable lacune. La législation sur la police sanitaire des animaux qui intéresse si vivement et les administrations diverses, et les magistrats chargés d'en assurer l'application et tous les agriculteurs grands et petits, n'avait pas

encore été l'objet d'une étude d'ensemble réunissant tous les textes (lois, décrets, arrêtés et circulaires ministériels), et présentant de ces textes un commentaire clair et précis, suffisamment développé pour donner aux administrateurs, magistrats et avocats, tous les renseignements dont ils peuvent avoir besoin et assez concis, toutefois, pour ne pas rebuter les personnes étrangères aux questions juridiques. Cette étude, MM. Mercier et Dubos l'ont entreprise, et leur travail réunit toutes les qualités de méthode, de clarté et d'exactitude que l'on pouvait demander. Il a été justement apprécié par le jury de l'Exposition universelle, qui a acordé à son principal rédacteur une médaille de bronze comme collaborateur de l'Institut agricole de Beauvais, où il occupe, depuis plusieurs années, la chaire de législation rurale.

L'ouvrage est divisé en trois parties. Dans la première, les auteurs étudient les règles générales de la matière, ils examinent successivement les devoirs des propriétaires et détenteurs d'animaux malades ou suspects, du maire, du vétérinaire, etc., et les conséquences juridiques, tant au point de vue civil qu'au point de vue pénal, des infractions aux prescriptions légales. Dans la deuxième partie, sont énumérées les règles spéciales applicables à chaque maladie particulière : rage, peste bovine, péripneumonie, charbon, tuberculose, clavelée, fièvre aphteuse, morve, farcin, dourine, etc. Deux derniers chapitres traitent des maladies contagieuses non reconnues par la loi et des maladies non contagieuses susceptibles de donner lieu à des demandes en nullité de la vente des animaux contaminés. Sur tous ces points, à côté des règles juridiques se trouvent de brèves notions techniques sommaires indiquant les signes caractéristiques de la maladie et les premiers soins à donner. La troisième partie est un véritable code comprenant non seulement les textes des lois, décrets et arrêtés ministériels, mais encore toutes les circulaires ministérielles. Elle est terminée par une table spéciale. Une table alphabétique très détaillée complète en outre l'ouvrage et facilite les recherches.

Ce livre est rédigé sous forme de questionnaire, de façon à être à la portée de tous. C'est un véritable catéchisme des cultivateurs et des maires de nos communes rurales. C'est aussi, nous le répé-

tons, un livre juridique. Les auteurs, en effet, ont analysé la plupart des décisions judiciaires civiles ou pénales intervenues sur la matière. Nous aurions aimé, et ce sera notre seule critique, trouver à la suite de leur analyse l'indication du recueil dans lequel il est possible de trouver ces jugements et arrêts. Cela, à notre avis, eût été d'autant plus utile que bon nombre de ces décisions n'ont pas été recueillies, — et c'est peut-être un tort, — dans les grands journaux ou recueils judiciaires et se trouvent disséminées dans des recueils spéciaux. Sans doute, MM. Mercier et Dubos ont suivi la méthode généralement adoptée pour les livres qui s'adressent à la fois aux hommes de loi et au grand public. On écarte volontiers des références que celui-ci juge superflues, n'ayant aucune envie de les utiliser, et l'on prive ceux-là des moyens de faire rapidement les recherches de jurisprudence auxquelles ils doivent procéder. Nous espérons que dans leur seconde édition, les auteurs tiendront à compléter leur travail sur ce point de détail. Peut-être même pourraient-ils faire mieux. Pourquoi ne publieraient-ils pas, en les annotant sommairement, les principales décisions judiciaires intervenues à la suite de la promulgation des lois qu'ils ont si utilement commentées? Ils ont tout ce qu'il faut, à en juger par le livre qu'ils viennent de publier, pour mener à bien ce nouveau travail.

HENRI PRUDHOMME.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris — Imp. F. PICHON, 24, rue Soufflot.

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE CIVILE

CONTRAT DE MARIAGE

(ARRÊTS PUBLIÉS en 1900.)

Par M. J. CHARMONT, professeur à la Faculté de droit de Montpellier.

I. — Sous le régime de la communauté d'acquêts, la propriété des œuvres musicales composées et éditées par l'un des époux, au cours du mariage, tombe-t-elle en communauté?

II. — La femme mariée sous le régime de la communauté d'acquêts ne peut-elle fournir que par un inventaire ou état en bonne forme la preuve de ses reprises mobilières, lorsqu'elle se trouve en présence de l'acquéreur d'un immeuble vendu par le mari, ou bien encore lorsqu'elle s'est constitué en dot une part dans un fonds de commerce ?

III. — Doit-on considérer comme une convention à titre onéreux la clause d'un contrat de mariage attribuant au survivant la totalité de la communauté et déniant aux héritiers du prédécédé le droit de reprendre les apports de leur auteur?

IV. — La dotalité fait-elle obstacle à l'exercice du privilège des architectes ?

V. — La clause de libre aliénation et de reconnaissance de dot autorise-t-elle la femme mariée sous le régime dotal à faire cession de ses reprises?

Sous le régime de la communauté d'acquêts la propriété des œuvres musicales composées et éditées par l'un des époux, au cours du mariage, tombe-t-elle en communauté? (Paris, 1er février 1900, Sirey. 1900. 2. 121, note de M. Saleilles.)

La Cour de Paris a été saisie de nouveau de la question de savoir si la propriété littéraire et artistique est un bien de communauté : fidèle à la doctrine qu'elle avait consacrée déjà en 1884 (1), elle a décidé que la communauté ne bénéficiait pas de cette propriété, qu'elle pouvait seulement s'approprier les profits réalisés pendant sa durée. La Cour de cassation avait en 1880 (2)

(1) Paris, 3 avr. 1884, S. 84. 2. 120, aff. Bernard-Derosne.

(2) Cass. 16 août 1880, S. 81. 1. 25 et la note de M. Ch. Lyon-Caen.

tranché la même question en sens contraire. Aussi le dissentiment subsiste; le problème reste posé.

Les circonstances dans lesquelles la difficulté se présentait étaient extrêmement favorables à la thèse adoptée par la Cour de Paris. L'auteur survivait à la dissolution du mariage; le divorce avait été prononcé aux torts de son conjoint. Il y avait une opposition très marquée entre les principes suivis par la Cour de cassation et les solutions désirables.

En effet, si l'on admettait avec la Cour de cassation la mise en communauté de la propriété artistique, les droits de l'auteur semblaient complètement sacrifiés. Dans l'espèce les parties s'étaient mariées sous le régime de la communauté d'acquêts; des œuvres musicales, dont le succès n'était pas épuisé, avaient été composées et éditées durant le mariage; si ces œuvres appartenaient à la communauté, la femme ne se contentait pas de réclamer la moitié des profits capitalisés, elle avait droit à sa part des bénéfices futurs. Une indivision subsistait entre elle et son ex-conjoint : la propriété créée par ce dernier se partageait entre eux. Le ménage était désuni, le mariage dissous, mais les intérêts n'étaient pas séparés. Il était très malaisé de mettre un terme à cette indivision, cause de difficultés multipliées. L'auteur pouvait-il se passer de l'intervention de la femme, pour exploiter son œuvre, consentir des cessions ou de nouveaux traités. Logiquement, on ne devait pas l'admettre. Et si cette femme divorcée venait à mourir, l'indivision allait se continuer avec ses héritiers. On touche ici à l'une des conséquences les plus surprenantes du système : si l'on suppose que le mariage est dissous non plus par le divorce, mais par le prédécès de l'auteur, la situation de son conjoint survivant est meilleure que ne le serait celle de l'auteur, s'il y avait eu prédécès du conjoint. En effet le conjoint survivant de l'auteur aura comme commun en biens la moitié de la propriété littéraire, et la loi du 14 juillet 1866 lui permettra de réclamer la jouissance de l'autre moitié. Au contraire, l'auteur qui survit n'a que sa part de communauté.

Ainsi l'opinion selon laquelle la propriété littéraire est un bien commun conduit à des conséquences absolument choquantes : elle dépouille l'auteur d'une partie de ses droits, le

met dans l'indivision avec son conjoint divorcé, le traité s'il survit moins avantageusement que ne serait traité son conjoint survivant.

C'est pour échapper à la nécessité d'admettre de pareils résultats que la Cour de Paris a refusé de considérer la propriété littéraire comme un bien de communauté. L'arrêt longuement motivé ne laisse pas cependant l'impression d'une doctrine bien précisée. Il developpe surtout cette idée que la propriété littéraire et artistique est un droit d'une nature spéciale : on ne peut l'assimiler à aucun de ceux que le Code civil a classés; il n'y a pas de place pour elle dans cette classification. Par suite la question de savoir si elle tombe ou non dans la communauté n'est pas résolue par les textes. Il faut donc rechercher les « principes ressortant des dispositions légales sur la matière en leur texte et en leur esprit ». Ces principes, tels que la Cour les aperçoit, c'est que les droits d'auteur sont « des privilèges exclusifs d'une exploitation temporaire »; ces privilèges ont un caractère strictement personnel, « par essence propre, au sens légal comme ordinaire de l'expression »; ce caractère est inconciliable avec l'idée même et plus encore avec les conséquences d'une mise en communauté. Si regrettables que soient ces conséquences, et quelque désireux qu'on soit de les éviter, il faut bien avouer que la démonstration n'est pas claire. L'esprit n'en est pas satisfait. Nous reconnaissons volontiers que la propriété littéraire n'est pas à proprement parler une propriété, qu'on ne trouve rien d'analogue dans les droits classés par le Code. Cela prouve une fois de plus l'imperfection de notre analyse juridique, et l'insuffisance de nos classifications. Mais cela ne supprime pas pour nous l'obligation de respecter la loi s'il lui a plu de faire entrer malgré tout ce droit nouveau dans une ancienne catégorie. Que l'on ait eu vraiment cette intention, c'est ce qui ne semble pas douteux.

Et d'abord, la division des meubles et des immeubles est absolument générale; elle s'applique à tout ce qui peut faire l'objet d'un droit; de là vient précisement son caractère artificiel. Or tous les auteurs sont unanimes à reconnaître que la propriété littéraire, s'il faut lui appliquer cette distinction, ne peut être

considérée que comme mobilière (1). Il est incontestable également qu'elle constitue un droit cessible. Cessible et mobilière elle tombera donc forcément dans l'actif de la communauté légale. Comment peut-on ne pas voir également que certains textes ont consacré ou plus exactement ont constaté ce résultat? Ainsi l'art. 1er de la loi du 14 juillet 1866 confère au conjoint survivant un droit de jouissance, quel que soit le régime matrimonial et *indépendamment des droits qui peuvent résulter en faveur de ce conjoint du régime de la communauté*. C'est une allusion significative et dont le sens est encore corroboré par les déclarations faites au cours des travaux préparatoires (2). N'est-il pas d'ailleurs conforme à l'esprit général du régime de communauté de partager entre les conjoints tous les profits provenant de l'initiative, de l'activité et du travail de chacun d'eux? Ce principe est peut-être excessif; il peut conduire parfois à des conséquences regrettables : on tend, et non pas sans raison, à introduire dans la loi des correctifs, à supprimer ou restreindre par exemple les droits de la communauté sur le montant des salaires de la femme. Mais ce n'est pas par voie d'interprétation que se réalisent de telles réformes. Enfin si la doctrine, qui exclut la propriété littéraire de l'actif commun, offre des avantages pratiques, elle présente bien aussi certains inconvénients. Ainsi, comme le fait remarquer M. Saleilles (3), elle conduit à décider que la cession complète d'une propriété littéraire moyennant une somme fixée qui en représente la valeur donne lieu à récompense au profit de la communauté, puisque cette cession implique aliénation d'un propre.

On arrive donc en somme à cette conclusion qu'aucune des solutions ne concilie complètement les exigences de la loi et celles de la pratique. Cette conciliation, M. Saleilles l'a cherchée dans une doctrine intermédiaire, et nous sommes très tenté de croire qu'il l'a trouvée.

(1) On peut observer qu'il était indifférent, dans l'espèce, de fixer la nature mobilière ou immobilière du droit d'auteur, puisqu'il s'agissait de compositions publiées au cours d'une communauté réduite aux acquêts.

(2) V. sur ce point la note de M. Lyon-Caen, S. 81. 1. p. 25, col. 2.

(3) Sirey, *loc. cit.*, p. 122, col. 3.

Il est parti de cette idée que la propriété littéraire se compose de deux éléments : un élément de faculté personnelle, un élément patrimonial. Et la question de savoir quel est celui qui prédomine ne peut être résolue que par des distinctions.

Le droit de l'écrivain sur son œuvre composée mais non publiée n'est pas vraiment distinct de la personne elle-même. Sa pensée lui appartient au même titre que son nom, son honneur, sa liberté individuelle.

Lorsque l'œuvre a été publiée, l'intérêt pécuniaire apparaît; le caractère du droit va se trouver modifié; cependant c'est encore l'élément personnel qui l'emporte tant que l'auteur est vivant, à la condition qu'en publiant son œuvre il ne l'ait pas complètement cédée. S'il l'a simplement fait éditer, il reste en grande partie maître d'en disposer : il conserve le droit de ne plus faire de nouvelle édition, et même de supprimer celle qui a été faite, si elle l'a été à ses frais.

La situation n'est plus du tout la même lorsque l'auteur a pleinement et définitivement cédé ses droits : son œuvre s'est détachée de lui; elle appartient désormais au cessionnaire. Sans doute l'élément personnel n'a pas tout à fait disparu : la jurisprudence reconnaît que celui qui a fait cession complète d'un ouvrage littéraire conserve encore sur la publication à laquelle il a donné son nom un certain droit de contrôle : il peut exiger que sa pensée soit respectée, qu'elle soit reproduite exactement et sans altération (1).

Mais même en faisant cette réserve, on doit constater que la propriété littéraire ou artistique qui a fait l'objet d'une cession n'est plus qu'une valeur commerciale, un droit patrimonial.

Il en est de même, dans tous les cas, après le décès de l'auteur. Que les œuvres soient ou non publiées, elles font partie de a succession et se transmettent aux héritiers. Assurément, en passant de nouveaux contrats d'édition, en publiant des manuscrits, ceux-ci peuvent n'avoir pas en vue un but lucratif : pourtant la propriété littéraire leur appartient au même titre que les autres biens; elle est avant tout pour eux un droit appréciable en argent.

(1) V. tribunal de la Seine, 16 déc. 1899, S. 1900. 2. 182.

On peut aisément se rendre compte des conséquences auxquelles conduit cette distinction. La communauté entre époux ne comprend que des droits pécuniaires; par suite la propriété artistique ou littéraire est exclue de la communauté tant qu'elle est une faculté personnelle; elle ne tombe dans l'actif commun qu'autant qu'elle est devenue une valeur économique. Ainsi la communauté profite : 1° du prix d'une cession impliquant abandon complet des droits d'auteur; 2° du produit des éditions pendant sa durée; 3° en cas de décès de l'auteur, de la totalité du droit sous réserve de la jouissance viagère attribuée au conjoint survivant. Au contraire, si la communauté se dissout par le divorce ou par le prédécès du conjoint de l'auteur, ce dernier reste maître de son œuvre, à la seule condition de ne pas l'avoir cédée. De même, si l'auteur est une femme mariée, le mari, sous aucun régime, ne pourra disposer des droits de sa femme et prétendre administrer cette propriété littéraire comme un bien de communauté.

Ainsi le but est atteint. Si l'interprétation juridique consiste, en toutes matières, à trouver des solutions qui ne sacrifient ni la loi, ni l'équité, ni la logique, ni les besoins de la pratique, celle à laquelle conduit l'habile analyse de M. Saleilles nous donne pleinement satisfaction.

La femme mariée sous le régime de la communauté d'acquêts ne peut-elle fournir que par un inventaire ou état en bonne forme la preuve de ses reprises mobilières, lorsqu'elle se trouve en présence de l'acquéreur d'un immeuble vendu par le mari, ou bien encore, lorsqu'elle s'est constitué en dot une part dans un fonds de commerce? (Cass. civ. 15 mars 1899; Cass. req. 15 mai 1899, Sirey, 1900. 1. 113, note de M. Lyon-Caen.).

Il n'y a plus à revenir sur les controverses qu'a soulevées la question de savoir comment peut être faite sous le régime de la communauté d'acquêts la preuve des reprises mobilières. La Cour de cassation (1) ne s'est pas arrêtée aux objections de la doctrine; elle a rapidement découragé les résistances que certaines Cours d'appel essayaient de lui opposer; il faut considérer sa jurispru-

(1) 22 novembre 1886, S. 89. 1. 465 et la note de M. Bufnoir.

dence comme un fait accompli, et comme l'a dit M. Lyon-Caen (1), l'accepter comme point de départ.

On sait que cette jurisprudence consiste principalement à appliquer litteralement l'art. 1499, C. civ., toutes les fois que la femme se trouve en présence des créanciers du mari : conformément aux termes de cet article, elle ne peut alors établir ses reprises que par un inventaire ou un acte authentique. Il n'y a pas lieu de distinguer suivant qu'elle se présente comme propriétaire ou comme créancière, — suivant qu'elle revendique en nature des meubles qu'elle prétend propres, ou réclame leur valeur à la communauté. Dans les deux cas on se montre également rigoureux.

Mais si nous passons condamnation sur le principe, il importe du moins d'en noter les consequences et la portée d'application.

Et d'abord, faut-il exiger l'inventaire ou l'acte authentique, lorsque la femme, qui exerce ses reprises, invoque son hypothèque légale contre le tiers acquéreur d'un immeuble vendu par le mari? A la vérité, il n'était pas sérieusement possible d'en douter. L'acquéreur est exposé à la même fraude que les créanciers du mari : les conjoints peuvent se concerter pour faire croire à des apports fictifs. Mais surtout, l'acquéreur menacé d'être évincé devient lui-même un créancier : obligé de délaisser, de subir l'expropriation ou de payer deux fois, il intente contre le mari vendeur une action en garantie. Cependant la Cour de Dijon, — une de celles qui ont résisté à l'application de l'article 1499 (2), — avait cru pouvoir admettre (3) que le tiers acquéreur n'était pas recevable à discuter la liquidation terminée par un jugement d'homologation et fixant le montant des reprises de la femme. Mais la Cour de cassation (4) a cassé cet arrêt.

On pouvait, dans la seconde espèce, hésiter davantage. La femme, en se mariant, avait apporté une part indivise dans un fonds de commerce. Cette part avait été évaluée par le contrat à

(1) S. *loc. cit.*, p. 113, col. 3.
(2) V. l'arrêt du 4 fév. 1884, S. 85. 2. 25.
(3) 14 déc. 1896, S. 1900 sous Cass., *loc. cit.*
(4) 15 mars 1899, *loc. cit.*

la somme de 23,000 francs, le mari déclarant avoir pris connaissance de cet apport, « l'avoir reconnu sincère et véritable ». Enfin, les créanciers, qui soutenaient que la femme ne pouvait pas être colloquée à leur préjudice parce que ses reprises n'étaient pas établies par un inventaire ou un acte authentique, étaient postérieurs au mariage. N'y avait-il pas dans ces circonstances particulières des raisons de faire échec à l'application du principe?

Si compréhensive que soit la disposition de l'art. 1499, peut-on l'appliquer indistinctement à toutes sortes de biens mobiliers? Il y a des biens qui n'ont pas besoin d'être inventoriés ou ne peuvent pas l'être : tout le monde, par exemple, est à peu près d'accord pour admettre une exception quant aux offices ministériels. Si le mari est officier ministériel au moment du mariage, et se réserve expressément la propriété de son office, peut-on demander davantage? Même après le décès d'un notaire, lorsqu'on dresse un inventaire, on n'inventorie pas les minutes, seul élément matériel de l'office : on se borne à faire sur les répertoires un simple recolement (1). Lorsqu'il s'agit d'un fonds de commerce, assurément l'inventaire est possible et peut comprendre utilement tout ce qui n'est pas l'achalandage, c'est-à-dire les marchandises et le mobilier industriel. Mais c'est une extraordinaire complication : le contrat de mariage grossi de l'inventaire d'une maison de commerce importante va prendre des proportions inouïes. On signalait à la commission du cadastre ces actes de vente parisiens, qui remontent aux origines de la propriété et relatent toutes les mutations pendant quatre ou cinq siècles; quand on les transcrit au bureau des hypothèques, un seul acte remplit parfois tout un registre. On aura ici quelque chose de semblable, et vraiment estime-t-on que ce soit raisonnable? Lorsque le chef d'une maison de commerce donnera en dot à l'une de ses filles une part de fonds social, il faudra, sous peine de compromettre la preuve et le sort des reprises, qu'on annexe au contrat de mariage un inventaire de ce fonds social, dont l'apport ne représente peut-être que la quinzième ou la vingtième par-

(1) Amiaud, *Traité du Notariat*, v° *Inventaire*, t. II, p. 455.

tie (1). On ne peut même pas prétendre que cet excès de précautions protège les tiers contre la fraude, car l'inventaire n'empêche pas les majorations d'apports, les parties restant maîtresses de leurs estimations. Aussi plusieurs arrêts et bon nombre d'auteurs (2) avaient admis que les fonds de commerce échappaient, comme les offices ministériels, aux prescriptions étroites de l'art. 1499. La Cour de cassation (3), au contraire, a refusé de sanctionner cette exception : c'est peut-être logique, mais c'est bien rigoureux.

On comprend mieux que la Cour ne se soit pas préoccupée des autres particularités signalées dans l'espèce. Le fait que les créanciers étaient postérieurs au mariage ne pouvait pas être pris en considération : la loi ne fait aucune distinction. Peu importe également que l'apport ait été estimé et que la communauté par l'effet de cette estimation soit devenue propriétaire : comme le fait justement observer M. Lyon-Caen (4), l'estimation, loin d'empêcher les fraudes que la loi a voulu prévenir, rend au contraire plus faciles les simulations et les majorations d'apports.

(1) En fait et jusqu'à présent, les contrats de mariage, croyons-nous, se sont toujours bornés à de simples mentions. Nous empruntons l'exemple suivant à l'un des recueils de formules auxquels les praticiens se reportent le plus souvent dans les cas embarrassants : « Le futur époux déclare apporter en mariage ses droits de toute nature dans la société en nom collectif ayant son siège à... formée entre lui et M. X... sous la raison... pour l'exploitation d'un fonds de commerce de... et pour un temps devant expirer le... aux termes d'un acte reçu par Me .. notaire à... le... publié conformément a la loi. Ces droits sont évalués à la somme de... et il est convenu que cette estimation vaudra vente desdits droits sociaux à la communauté, laquelle sera substituée à cet égard activement et passivement au futur époux. » (Amiaud, *Traité du Notariat*, v° *Contrat de mariage*, t. Ier, p. 665.) Evidemment une pareille formule ne tient pas compte des exigences de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation : elle devient, par cela même, singulièrement dangereuse.

(2) V. notamment Paris; 23 février 1835, S. 35. 2. 68. — Rodière et Pont, t. II, n° 1274; Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, t. II, n° 1302, p. 677; Guillouard, *Contrat de mariage*, t. III, n° 1482.

(3) 15 mai 1899, S. *loc. cit.*

(4) S. *loc. cit.*, p. 114, col. 2.

Doit-on considérer comme une convention à titre onéreux la clause d'un contrat de mariage attribuant au survivant la totalité de la communauté et déniant aux héritiers du prédécédé le droit de reprendre les apports de leur auteur? (Cass. 2 août 1899, S. 1900. 1. 233, note de M. Georges Ferron, *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, août 1900, p. 562.)

L'art. 1525 du Code civil, en permettant aux époux de stipuler que la communauté appartiendra au survivant, réserve aux héritiers du prédécédé le droit de reprendre « les apports et capitaux tombés en communauté du chef de leur auteur ». Le même article ajoute que « cette stipulation n'est point réputée un avantage sujet aux règles relatives aux donations, soit quant au fond, soit quant à la forme, mais simplement une convention de mariage et entre associés ». Sur l'interprétation de cette disposition, la doctrine et la jurisprudence semblaient, jusqu'à présent, d'accord. On reconnaissait que la faculté de reprendre les apports du prédécédé était présumée, mais non pas imposée par la loi : les parties conservaient la liberté de donner plus d'extension à l'attribution de la communauté au survivant, en stipulant que cette communauté lui serait dévolue sans déduction, que les héritiers du premourant ne pourraient rien reprendre ni réclamer. Mais il fallait qu'en ce cas, leur intention se fût clairement manifestée : de plus, la clause conférant au survivant cet avantage cessait d'être considérée comme une convention matrimoniale; elle était traitée comme libéralité, à ce titre comptée pour le calcul de la quotité disponible, soumise à la réduction, passible des droits de mutation par décès (1). La Cour de cassation vient d'adopter, sur ce dernier point, une solution contraire : par son arrêt du 2 août 1899, elle décide que l'exclusion du droit pour

(1) V. les auteurs et les arrêts relatés dans la note de M. Ferron, Sirey, *loc. cit.*, col. 2. — Nous ne signalons pas, parmi les intérêts qu'il peut y avoir à considérer la clause comme constituant une libéralité, l'application possible de la déchéance prononcée en cas de divorce par l'art. 299 contre l'époux coupable. En effet beaucoup d'auteurs estiment que l'art. 299 ne s'applique pas seulement aux donations proprement dites, mais, comme le dit plus largement le texte, à tous les avantages faits par l'autre époux, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage. (V. en ce sens, C. Beudant, *Etat et capacité des personnes*, t. II, n° 426; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 883; Bourcart, note sous Nancy, 25 fév. 1891, S. 92, 2. 68, col. 1.

les héritiers du prédécédé de reprendre les apports tombés dans la communauté du chef de leur auteur ne modifie pas le caractère de la stipulation; l'attribution totale de la communauté n'est pas un avantage sujet aux règles des donations.

Cette decision marque, sans doute, un important changement de jurisprudence : mais elle rend ce changement visible plutôt qu'elle ne le réalise. Les arrêtistes, qui l'avaient deviné ou prévu, n'en sont pas étonnés. M. G. Ferron nous montre en effet très clairement que la nouvelle jurisprudence procède d'un arrêt déjà vieux de dix ans, l'arrêt des Chambres réunies du 19 décembre 1890 (1). A cette epoque, il s'agissait, pour la Cour de cassation, de statuer sur le caractère de la clause de partage inégal. Dans certaines régions du Nord de la France, où cette clause était pratiquée, on avait coutume d'insérer, dans les contrats de mariage, un article portant que la part de celui des époux auquel on attribuait, dans le partage, une part supérieure à la moitie, serait calculée sans déduction des apports de l'autre conjoint. Dans ces sortes de cas, l'Administration de l'Enregistrement soutenait que la stipulation impliquait liberalité. La Cour de cassation adoptait cette interprétation; mais les tribunaux de la region, pour la plupart, se prononçaient en sens contraire (2). En 1890, la question fut portée devant les Chambres réunies. La thèse du pourvoi formé par l'Enregistrement, c'est qu'il fallait logiquement assimiler les clauses de partage inegal et celles d'attribution de la totalité de la communauté. L'une et l'autre perdaient leur caractère de conventions matrimoniales, toutes les fois qu'on convenait expressement que les apports du conjoint le moins favorisé ne seraient pas déduits. Le mémoire en defense essayait d'échapper à cette assimilation : il reconnaissait bien que, par application de l'art. 1525, tel qu'il était alors interprete, l'attribution de la totalité de la communaute au survivant sans deduction des apports du prédécédé devait être consideree comme un acte à titre gra-

(1) Sirey, 1891. 1. 129 et dans cette *Revue* l'article de M. Wahl, 1892, p. 201.

(2) V. notamment tribunal Lille, 23 mars 1885 sous Cass. 7 déc. 1886, S. 88. 1. 181; Trib. Dunkerque, 28 juillet 1887, sous Cass. 19 déc. 1890, S. 1891. 1. 129.

tuit; mais, en même temps, il faisait valoir que l'art. 1520, lorsqu'il s'agissait de la clause de partage inégal, ne faisait aucune distinction et ne se préoccupait pas de savoir si on avait ou non exclu la reprise des apports. Ne fallait-il pas en conclure que, dans tous les cas, la clause de partage inégal était une convention de mariage? — Nous avons dit que cette solution fut celle qu'adoptèrent les Chambres réunies. Mais ce qui est à noter, c'est que l'arrêt du 19 décembre 1890, sans s'expliquer nettement, ne parut pas cependant admettre une solution particulière à la clause de partage inégal. Le considérant visait, en effet, un motif plus général : « Attendu que la loi, après avoir disposé que les époux peuvent déroger au partage égal de la communauté entre époux et peuvent même stipuler que la totalité de la communauté appartiendra au survivant ou à l'un d'eux seulement, ajoute que cette dernière stipulation ne sera point réputée un avantage sujet aux règles relatives aux donations, mais simplement une convention de mariage et entre associés; qu'elle autorise seulement, en ce dernier cas, par interprétation de la volonté des contractants, les héritiers de l'autre époux à reprendre les apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur. » Ne pouvait-on pas induire de là que l'exclusion de la reprise des apports ne modifiait pas le caractère de la convention quelle qu'elle fût, convention de partage inégal ou d'attribution totale de la communauté? L'Administration de l'Enregistrement ne s'y trompa pas : « Bien que l'arrêt, qui vient d'être rendu par les Chambres réunies, observait le *Journal de l'Enregistrement*, soit resté assez peu explicite sur la distinction qu'il y a lieu de faire, en ce qui concerne le droit de reprise des héritiers de l'époux prédécédé, entre les attributions intégrales de l'art. 1525, C. civ., et les clauses de partage inégal prévues par l'art. 1520, la question de principe a été trop nettement posée pour qu'il y ait lieu de se méprendre sur la pensée de la Cour et sur la véritable portée de sa décision. Cette question se trouve définitivement tranchée dans un sens favorable aux conventions de mariage (1). » Le dernier arrêt du 2 août 1899

(1) *Journal de l'Enregistrement*, art. 23.504.

se borne, en somme, à justifier ces prévisions. Il est certain que la Cour de cassation devait être logiquement amenée à traiter les deux clauses d'une manière uniforme. Si l'exclusion de la reprise des apports n'empêche pas la stipulation de partage inégal d'être une convention à titre onéreux, comment pourrait-elle donner un caractère différent à l'attribution totale de la communauté? Comme le fait très justement remarquer M. Ferron (2), un contrat de mariage habilement rédigé peut faire sortir d'une clause de partage inégal un plus grand avantage au profit du survivant que d'une simple attribution de la totalité de la communauté. Deux époux, par exemple, se réservent comme propre presque tout ce qu'ils possèdent au moment du mariage : une faible partie de leurs biens tombe en communauté; on stipule que la totalité de cette communauté appartiendra au survivant et que les apports du prédécédé ne seront pas déduits. En même temps, deux autres conjoints qui possèdent une fortune égale, loin de se réserver des propres, élargissent la communauté, ameublissent des immeubles et conviennent que, sans aucune déduction, le survivant gardera les neuf-dixièmes de la communauté. On n'a qu'à raisonner sur des chiffres pour s'apercevoir à quel point la seconde convention sera plus favorable au survivant que la première. Comment comprendrait-on que la clause contenant le plus d'avantages fût considérée comme à titre onéreux, et celle qui en procurerait le moins fût, au contraire, traitée comme libéralité?

La Cour de cassation ne pouvait donc sans inconséquence rester fidèle à son ancienne jurisprudence. Cette jurisprudence, à coup sûr, les praticiens ne la regretteront pas. Elle était, en effet, une source de contestations multipliées entre l'Administration de l'Enregistrement qui, refusant de considérer ces clauses exceptionnelles comme des conventions matrimoniales, prétendait les assujettir au droit de mutation, et les notaires qui défendaient contre elles les intérêts de leurs clients. On peut se demander toutefois si la nouvelle interprétation n'aura pas à son tour pour résultat d'autoriser et de couvrir bien des abus. M. Ferron craint

(1) S. *loc. cit.*, p. 234, col. 1 et 2.

qu'elle ne permette d'échapper aisément aux règles de la réserve. Si l'on combine un ameublissement ou une communauté universelle avec une stipulation d'attribution au survivant de la totalité de la communauté, sans déduction des apports du prédécédé, le bénéficiaire de la clause recueille en réalité tous les biens de son conjoint, sans être exposé à une action en réduction. Il y a là une fraude possible. Cependant, comme notre collègue le fait lui-même remarquer, les tribunaux ne sont pas désarmés. Ils ont toujours le droit de considérer qu'en fait, en tenant compte des circonstances de la cause, les conventions matrimoniales deguisent une libéralité. Ils peuvent, notamment, prendre en considération l'âge et la condition des conjoints, leur inégalité de fortune, le fait que la clause favorable ne vise que l'un d'eux ou, selon toute vraisemblance, ne saurait profiter à l'autre (1). C'est un correctif suffisant.

La dotalité fait-elle obstacle à l'exercice du privilège des architectes? (Aix, 10 juillet 1899, Dalloz, 1900. 2. 241, note de M. de Loynes. — *Pandectes périodiques*, 1900. 2. 129, note de M. Paul Henry.)

Il y a quelques années, M. Vigié, dans un important examen, tout entier consacré à la matière du régime dotal (2), nous a montré « le double courant auquel obéissent et les auteurs et la jurisprudence » dans l'interprétation de ce régime. On voudrait à la fois protéger la dot, et ne pas sacrifier le juste droit des tiers. C'est poursuivre, entre des tendances opposées, une sorte d'équi-

(1) On peut citer comme exemple l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt de cassation du 18 janvier 1888 (S. 1890. 1. 179). Les époux avaient adopté une communauté universelle. La Cour reconnaît que cette communauté n'a pas par elle-même le caractère d'une libéralité. « Mais attendu que tandis que l'apport de C... a consisté dans des biens d'une valeur totale de 514.354 francs, l'apport de la dame C... a été entièrement nul; que l'unique somme de 10.000 francs lui appartenant au moment de la célébration du mariage a même été formellement exclue par elle de la communauté; qu'il est constant en outre que la dame C... était fille d'un père décédé insolvable et d'une mère indigente; qu'il s'ensuit qu'en l'état des faits constatés la stipulation de communauté universelle et l'apport de la dame C... ont été dans l'intention des parties, non une simple convention, mais une donation déguisée. »

2) *Revue critique*, 1897, p. 481.

libre instable, et, par la force même des choses, on est toujours exposé à verser dans un sens ou dans l'autre. Ne témoigne-t-on pas trop de faveur à la femme, en admettant la représentation de la dot par les paraphernaux, et ne se montre-t-on pas trop rigoureux pour elle, en décidant que l'inaliénabilité ne fait pas obstacle à l'exercice des privilèges immobiliers? Un arrêt d'appel se rapporte à cette dernière question, et bien qu'il n'en ait pas renouvelé l'intérêt, peut-être cependant mérite-t-il d'être signalé.

En ce qui concerne l'admission des privilèges du vendeur et du copartageant, la difficulté avait été nettement posée et résolue; plusieurs décisions avaient reconnu que lorsqu'un immeuble dotal advenait à la femme par l'effet d'une vente ou d'un partage, l'inaliénalibilite ne privait pas le vendeur et le copartageant du droit de faire valoir leur privilège (1). Mais un doute subsistait pour le privilège de l'architecte. On avait pu soutenir (2) que la jurisprudence s'était plutôt montrée opposée à l'existence de ce privilège. En réalité, la question ne s'était jamais clairement présentée et restait incertaine (3). La Cour d'Aix l'a formellement tranchée; par son arrêt du 10 juillet 1899, elle a confirmé un jugement du tribunal de Marseille, autorisant un architecte, qui avait fait des constructions sur une propriété dotale, et qui avait rempli les formalités prescrites pour assurer la conservation du privilège, à faire saisir à la fois le sol et l'édifice construit, à se faire payer par préference sur la portion du prix d'adjudication représentant la valeur des constructions : l'autre partie correspondant à la valeur du fonds etait considérée comme dotale et devait être, à ce titre, l'objet d'un remploi.

D'accord avec M. Vigié, nous acceptons la solution; mais nous croyons que le tempérament qu'on apporte à l'effet de la saisie n'est pas pleinement suffisant, et qu'on aurait pu, en s'inspirant de la pratique suivie en matière de dot incluse, concilier plus étroitement l'exercice du privilège et la conservation de la dot.

Il est bien certain que l'inalienabilité n'est pas destinee à

(1) Rouen. 8 août 1894, S. 95. 2. 245; Nimes, 11 janv. 1882. S. 82. 2. 137; Aix, 20 janv. 1894, S. 94. 2. 72; Cass. 18 nov. 1895, S. 97. 1. 65.

(2) V. la note de M. Wahl, S. 95. 2. 289.

(3) Vigié, *loc. cit.*, p. 503 et note 1; Paul Henry, *loc. cit.* col. 1.

permettre à la femme de s'enrichir injustement au détriment des tiers. L'architecte, l'entrepreneur, qui ont édifié l'immeuble, ont, au même titre que le vendeur, contribué à l'accroissement du patrimoine de la femme. Nous ne nous demandons pas, comme on a tenté de le faire, si leur droit est antérieur ou postérieur à l'acquisition réalisée : c'est une pure subtilité. Mais ce qu'on ne peut éviter de reconnaître, c'est qu'il y a interdépendance entre les deux faits juridiques : « Il est inadmissible, comme l'a dit M. de Loynes (1), qu'une femme qui s'est constitué en dot tous ses biens présents et à venir, puisse accroître son patrimoine dotal en acquérant des immeubles ou en se faisant attribuer par le partage des biens de cette nature, sans exécuter les obligations corrélatives qu'elle a contractées, et que le vendeur ou le copartageant soit privé de toute garantie. »

On ne doit pas oublier cependant que les biens frappés de dotalité ne peuvent être engagés dans aucune spéculation. Or, c'en est une que de faire construire : elle devient même singulièrement dangereuse quand on a recours au crédit. Dans l'affaire qui a donné lieu à la décision de la Cour d'Aix, c'était précisément le cas : sur un terrain constituant un bien dotal acquis au prix de 15,500 francs, on avait fait élever à forfait par un entrepreneur un groupe de logements ouvriers. Le prix de ces constructions, qui n'avaient pas été payées, étaient de 40,000 francs. Si l'affaire avait été bonne, si les terrains n'avaient subi aucune dépréciation, la saisie opérée par l'entrepreneur n'aurait pas, à proprement parler, compromis la conservation de la dot, puisqu'après déduction du montant de la créance privilégiée l'adjudication aurait encore donné une somme suffisante pour assurer le remploi des fonds dotaux. Mais si le prix d'adjudication est inférieur au montant cumulé de la valeur du fonds et de celle des constructions, qui devra supporter la perte? Le jugement et l'arrêt répondent qu'au cours de la procédure d'ordre le juge ordonnera une ventilation, et cette ventilation déterminera quelle est la partie du prix qui représente les constructions, quelle est celle qui représente le fonds. C'est là un danger pour la femme,

(1) Dalloz, 1898. 2. 305.

qui peut être ainsi exposée à perdre une partie de sa dot : elle n'aura plus, par exemple, que 10,000 francs, au lieu de 15,500. C'est un résultat inacceptable. La conservation de la dot prime le droit de l'entrepreneur. Il nous eût paru plus conforme aux principes du régime dotal de n'autoriser la saisie et l'exercice du privilège qu'à la charge par le saisissant de consigner une somme suffisante pour assurer à la femme l'intégralité de la valeur du fonds dotal, ou de fournir caution que l'immeuble sera adjugé à un prix suffisant pour que les reprises ne soient pas compromises. Ces mesures sont celles que la jurisprudence prescrit (1), en cas de saisie d'un paraphernal représentant la dot : elles s'imposent, à plus forte raison, dans une hypothèse comme la nôtre. On ne s'expliquera pas qu'un bien ayant la qualité de dotal soit moins protégé que ne l'est une dot incluse dans un bien libre.

La clause de libre aliénation et de reconnaissance de dot autorise-t-elle la femme mariée sous le régime dotal à faire cession de ses reprises? (Cass. 15 février 1899, *Pandectes périodiques*, 1900. 1. 113, note de M. Boutaud.)

Il est de principe constant en jurisprudence que toutes les clauses des contrats de mariage, qui dérogent à l'inaliénabilité dotale, sont de stricte interprétation. Si le contrat donne à la femme la faculté d'aliéner ses immeubles, il n'en résulte pas qu'elle soit autorisée à les hypothéquer; si le contrat lui reconnaît à la fois le droit d'aliéner et d'hypothéquer, elle ne pourra pas, tout au moins, à défaut d'une clause expresse, céder ses reprises et subroger un tiers au bénéfice de son hypothèque légale. Si la Cour de cassation n'avait fait qu'une nouvelle application de cette règle d'interprétation, sa décision n'aurait rien d'intéressant. Mais ce qui mérite peut-être d'attirer l'attention, c'est que le contrat de mariage contenait non seulement une réserve d'aliénation, mais en même temps une clause de *reconnaissance de dot*. Cette clause se rencontre très fréquemment dans toute une partie du Midi, notamment dans la région de

(1) V. Montpellier, 18 fév. 1853, S. 53. 2. 673; Agen, 13 août 1891, S. 93. 2. 97.

Montpellier et celle de Nîmes (1) : cependant la plupart des traités la négligent ou l'ignorent.

Dans l'espèce, la stipulation du contrat de mariage était ainsi conçue : « Tous les biens présents et à venir de la femme seront dotaux. Néanmoins, malgré la dotalité ci-dessus stipulée, la future épouse aura la faculté de vendre, liciter, échanger, partager, aliéner les biens dotaux de toute nature, sans aucune formalité de justice, avec la simple autorisation de son mari. Le prix des ventes ou licitation des immeubles, des soultes, des échanges ou partages, et généralement tous les capitaux, de quelque nature que ce soit, revenant à la future épouse devront être touchés par le futur époux à la charge par lui de les *reconnaître* purement et simplement au profit de sa future. Ces *reconnaissances*, pour être valables, devront être acceptées par la future épouse, et moyennant cette acceptation par la future et sa présence dans les actes de quittance, tous débiteurs seront valablement libérés. » Il résulte de cette disposition que tous les biens constituant ou représentant la dot pourront être aliénés et que le mari, au lieu d'être obligé de faire un remploi, pourra lui-même toucher les capitaux dotaux, à la condition de les reconnaître, et d'obtenir l'acceptation de sa femme. Ainsi la reconnaissance est une déclaration du mari, qui reçoit le montant d'une valeur dotale et s'en rend responsable. De prime abord, une pareille convention paraît tout à fait singulière : nous sommes habitués à considérer le régime dotal comme tendant avant tout à protéger la femme contre l'abus d'influence du mari. Comment donc concevoir qu'on témoigne à ce dernier tant de confiance sous un régime qui n'en suppose aucune, qu'on lui laisse la liberté de toucher les deniers dotaux et d'en disposer? Que signifie cette obligation de faire *reconnaissance*, qui ne donne à la femme aucune espèce de garantie?

Cette pratique est, en réalité, un vestige, un souvenir du passé : le régime dotal, en effet, n'est plus actuellement ce qu'il

(1) Nous avons eu l'occasion d'en faire mention dans une communication au Congrès international de Droit comparé (1900), sur les Pratiques coutumières en matière de Contrat de mariage dans la région de Montpellier, p. 7 et 8.

était jadis; son aspect s'est modifié; son fonctionnement s'est compliqué. Pour les praticiens d'aujourd'hui la stipulation essentielle, c'est la clause de remploi C'est elle qui soustrait la dot à la mainmise du mari : cette dot peut impunément se transformer, changer d'objet, être indifféremment mobilière ou immobilière; le mari l'administre sans pouvoir y toucher. Mais le remploi n'est devenu d'usage courant et n'a pris sa véritable importance qu'à partir de l'époque relativement récente où les dots ont été constituées en valeurs mobilières. Autrefois la dot consistait le plus souvent en une somme d'argent : cette somme était comptée au mari, qui pouvait en disposer à son gré; l'hypothèque légale était considérée comme une sûreté suffisante pour assurer la restitution à la fin du régime. Aussi dans les anciens contrats de mariage, le futur époux donne quittance de la dot, s'engage à la restituer et fournit comme garantie une hypothèque sur ses biens présents et à venir (1). C'est là ce qui constitue la reconnaissance. S'il arrive qu'au moment du mariage le mari n'a pas d'immeuble, on suspend provisoirement le paiement de la dot : en attendant, elle est versée entre les mains d'un tiers, sorte de dépositaire, de *trustee* comme en droit anglais. Le plus souvent ce tiers dépositaire c'est le père ou la mère, dont le futur conjoint doit éventuellement recueillir la succession (2). Les parents fournissent hypothèque et quand leur succession vient à

(1) « Et pour la supportation des charges du présent mariage, ledit sieur S..., père, a donné et constitué en dot à ladite Dlle Thérèse S..., sa fille, la somme de cinq mille livres, qu'il lui a tant présentement comptées réellement en espèces de cours, par ledit sieur B..., futur époux, vérifiée, retirée et emboursée à son consentement, à la vue de nous notaire et témoins, dont quittance, laquelle somme de 5.000 livres ledit sieur B..., futur époux, reconnait et assure en faveur de ladite Dlle S..., sa future épouse, sur tous ses biens présents et à venir pour lui être rendue et restituée ou ce qui de droit le cas de restitution arrivant. » (6 août 1788, Communication précitée, p. 4.)

(2) « Comme les immeubles actuels du futur époux sont insuffisants pour répondre de la dot de Mlle R..., les 5.000 francs de numéraire faisant partie de cette dot ont été actuellement versés entre les mains de ladite dame A..., veuve C..., qui les gardera en depôt jusqu'au jour où son fils, futur époux, possédera les biens capables d'en garantir le remboursement. » (5 oct. 1861, Communication précitée, p. 4.)

s'ouvrir, les immeubles qui représentent la garantie sont transmis au mari avec la dot elle-même : rien ne s'oppose plus à ce qu'on lui remette les deniers, puisqu'il possède désormais des biens suffisants pour en assurer le remboursement.

Voilà bien l'origine de cette clause de reconnaissance, et c'est cette origine qui permet d'en déterminer le sens et la portée. En vertu de cette clause, le mari sera dispensé de faire emploi; il pourra lui-même toucher les derniers dotaux et la femme n'aura d'autre garantie que celle résultant de l'hypothèque légale. Mais il faut que cette hypothèque soit effective : le mari ne peut *faire reconnaissance*, que s'il possède des immeubles libres de toute charge et représentant une valeur suffisante pour assurer la restitution de la dot (1). Qui sera juge de cette garantie, qui la tiendra pour suffisante ? Si le contrat de mariage est muet, les tiers se montreront nécessairement très circonspects : ils considéreront avec juste raison que la validité de l'opération à laquelle ils participent, vente ou paiement, est subordonnée à la réalisation des conditions fixées par le contrat, et s'ils éprouvent quelques doutes sur le mérite des garanties offertes par le mari, ils refuseront de se dessaisir des deniers. En pareil cas, le Tribunal, auquel on devra recourir, appréciera. Mais, pour couper court à ces difficultés, on insère le plus souvent dans les contrats une clause portant que « la future épouse appréciera seule et souverainement la suffisance de valeur des immeubles acquis en remploi ou donnés en garantie, des placements hypothécaires ou des *reconnaissances par le mari.* »

Nous pouvons maintenant résoudre aisément la question posée dans l'espèce. Est-ce qu'une réserve de libre aliénation et de reconnaissance de dot peut autoriser la femme à faire cession de ses reprises? Certainement non. Nous savons, en effet, que la faculté d'aliéner n'implique pas celle de céder les reprises. Or la reconnaissance de dot n'ajoute rien à la liberté d'aliéner : au

(1) Il est fréquent de voir, au cours du mariage, des actes notariés constatant ces reconnaissances de dot. Parfois c'est un seul et même acte qui constate en même temps la vente de valeurs dotales, la reconnaissance de dot, l'acceptation de la femme, la quittance et la décharge donnée à l'agent de change. (Communication précitée, p. 8 et note 1.)

contraire, elle la restreint, puisqu'elle la soumet à certaines conditions. La reconnaissance est comme une stipulation intermédiaire entre la liberté d'aliénation et la charge de remploi.

J. CHARMONT.

UN CONFLIT SUR LES CONFLITS

RÉPONSE A M. LAINÉ (1),

(Suite),

Par M. le marquis DE VAREILLES-SOMMIÈRES,
Doyen de la Faculté libre de droit de Lille.

III

72. La théorie des statuts ou, pour mieux dire, la science du droit international privé, se condense, d'après la *Synthèse*, en un petit livre de géométrie juridique composé de six théorèmes.

Je n'énoncerai à nouveau et ne défendrai que ceux contre lesquels M. Lainé dévoile ses objections.

Pour abréger sa discussion, il a laissé de côté trois d'entre eux, en se bornant à affirmer qu'il pourrait y relever plus d'un paradoxe.

Je passerai aussi sous silence ces trois-là, en me contentant de dire que les arguments inconnus que M. Lainé possède contre eux ne resteraient probablement pas sans réponse.

73. M. Lainé dirige surtout son attaque contre les deux premiers théorèmes de la *Synthèse*.

Il a raison de porter là le gros de ses forces, car ce sont à la fois les deux théorèmes de base et ceux qui distinguent le plus catégoriquement de toutes les doctrines contemporaines la doctrine de la *Synthèse*.

Ils forment à eux deux le grand principe de la territorialité ou de la réalité des lois, dont ils sont les deux moitiés ou plutôt les deux faces. Or, le principe de la réalité des lois, pour l'auteur de la *Synthèse*, a été, est et sera toujours et partout le principe fondamental du droit international privé.

(1) Voir *Revue critique*, 1900, nos 7-8 et 12.

*
* *

74. Voici l'énoncé du premier théorème : « En principe les lois de l'Etat régissent légitimement tous les actes accomplis sur son territoire, même par les étrangers. »

Une courte démonstration et de brèves explications doivent précéder l'examen des objections de M. Lainé.

75. Ce théorème n'a besoin de démonstration qu'en ce qui concerne les étrangers.

A leur égard il s'analyse en deux idées :

La première est qu'en droit le souverain, dans le sein de la société civile qu'il gouverne, possède l'*imperium*, la puissance législative, sur les étrangers qui habitent ou agissent sur le territoire.

La seconde est qu'en fait il soumet d'habitude et très rationnellement leurs actes aux mêmes lois que les actes de ses nationaux.

76. La première idée se justifie d'abord par cette considération de simple bon sens que chacun est maître chez soi.

Elle se justifie plus profondément par cette vérité scientifique que l'étranger qui séjourne ou possède sur le territoire de l'Etat devient vraiment membre provisoire de cet Etat, associé temporaire dans cette Société civile, donc sujet actuel de son chef.

On a vu plus haut que les deux grandes théories entre lesquelles se partagent les esprits sur l'origine de la Société civile, la théorie du contrat social et la théorie de l'obligation naturelle née du voisinage, aboutissent également à cette conclusion.

77. La seconde idée se prouve par les faits et les faits s'expliquent par les inestimables avantages de l'unité de discipline, de l'unité de législation. L'immense majorité des lois de tout Etat s'appliquent, sur le territoire, aux étrangers comme aux nationaux. Le plus souvent le législateur ne distingue pas. Il ne distingue pas, parce qu'il n'a aucune raison de distinguer et qu'il a au contraire les meilleures raisons de ne pas distinguer. Les motifs qu'il peut y avoir de régler un acte d'une certaine manière sont presque toujours exactement les mêmes si l'auteur de l'acte est étranger que s'il est national.

78. Ce premier théorème comporte-t-il des exceptions?

La première des deux idées qu'il condense, le droit de l'Etat de gouverner, en ce qui le concerne, la conduite de tout le monde sur son territoire, des étrangers comme des nationaux, ne reçoit aucune exception ni rationnellement ni en fait, sauf au profit des représentants accrédités des souverains étrangers.

79 La seconde idee, l'uniformité des lois pour les étrangers et pour les nationaux, souffre et même demande quelques exceptions et partout en reçoit plusieurs.

Toute législation a un certain nombre de règles propres aux nationaux et un certain nombre de règles propres aux étrangers, comme elle a des règles propres aux hommes et des règles propres aux femmes, des règles propres aux mineurs et des règles propres aux majeurs.

Ces variétés n'empêchent pas que l'unité de législation ne soit la grande règle. ni, bien entendu. que l'autorité législative ne soit unique dans l'Etat. Toute loi qui ne distingue pas par elle-même ou par un critérium antérieurement posé s'applique indistinctement à tous, à l'étranger comme au national, au mineur comme au majeur, à la femme comme à l'homme.

80. L'Etat peut et même sagement doit décider que certaines lois étrangères seront appliquées dans son sein aux étrangers. Mais ces lois ne puisent que dans sa volonté leur force coactive chez lui : il les a faites siennes à l'égard de cette catégorie de sujets. Il pourrait, si bon lui semblait, emprunter de la même manière à une législation étrangère des lois toutes faites pour ses sujets permanents.

81. Il est presque naïf de remarquer que l'Etat, en exerçant son *imperium* sur les étrangers, en les soumettant en principe au droit commun local, en les soumettant exceptionnellement à quelques lois spéciales, en leur refusant le bénéfice de certaines lois réservées aux nationaux, n'agit pas et ne doit pas agir capricieusement; qu'il doit, dans toutes ses mesures, pour ces sujets-là comme pour les autres, s'inspirer des exigences du bien public, des préceptes de la justice, des conseils de la raison.

Toute souveraineté doit fonctionner à la lumière de l'observation et à celle de la raison; toute souveraineté est limitée par la justice.

*
* *

82. Maintenant, écoutons M. Lainé.

Le théorème, d'après lui, n'a point fait corps dans le passé avec la théorie des statuts, n'est point admis dans le présent par le Code civil, ne se justifie pas en raison et n'est point d'accord avec les faits.

Il s'agit de savoir si la valeur de ces dénégations répond à leur quantité.

83. Pour prouver que le principe n'était pas une partie intégrante de la théorie des statuts, M. Lainé prétend qu'il n'y a point eu, comme le suppose la *Synthèse*, une théorie des statuts unique, toujours et partout la même, mais qu'on en peut compter trois parfaitement distinctes : une théorie italo-française, une théorie française, une théorie hollandaise. Il accorde que le principe a été professé par cette dernière, mais point par les deux autres. Je généraliserais à tort un enseignement donné seulement par les jurisconsultes hollandais.

Et, pour soutenir son dire, M. Lainé puise à pleines mains et un peu au hasard dans les trésors d'érudition qu'il a amassés par d'immenses lectures et dont son *Introduction* nous a révélé l'effrayante richesse.

84. Cette érudition sans pareille m'inspire un profond respect, mais me donne des inquiétudes sur la justesse des vues historiques de mon éminent adversaire.

A trop étudier les détails et les nuances, on perd le sentiment de l'ensemble. Pour avoir une idée générale et juste de la direction, de la hauteur, de l'aspect d'une chaîne de montagnes, la bonne méthode n'est pas de s'enfoncer dans tous ses vallons, d'examiner de près les plus modestes mamelons, de battre chaque buisson et de remplir son herbier de toutes les plantes qu'on trouve curieuses. Il faut simplement, de distance en distance, monter sur les pics les plus élevés : de là on embrasse le système dans sa totalité et on constate l'insignifiance des déviations et des particularités qui trompent l'observateur trop méticuleux.

Je crains fort que M. Lainé ne soit de ceux que les arbres empêchent de voir la forêt, les maisons de voir la ville.

85. La division qu'il fait des anciens jurisconsultes en trois écoles bien distinctes, qu'il avait déjà faite dans son *Introduction*, et qu'on a généralement acceptée sur sa parole, est, à mon sens, imaginaire et systématique. Une preuve, petite, mais significative, c'est qu'il me présente comme un fruit tardif de la branche hollandaise de la théorie des statuts. Or c'est de d'Argentré et de Boullenois que j'ai été le disciple assidu et c'est de leur seule doctrine que je me suis imbibé, et je confesse humblement que je n'ai lu ni Jean Voet, ni l'autre Voet, ni Burgonde...

C'est en vivant avec les Français que je suis devenu Hollandais.

86. La vérité est que toutes les idées que M. Lainé réserve aux auteurs hollandais, notamment, comme on va le voir, le principe de la réalité, se trouvent aussi chez les auteurs français et chez des auteurs de tous les pays; qu'il y a des divergences de détail d'un auteur à l'autre, des aperçus et des formules mis pour la première fois en circulation par celui-là, des erreurs propres à celui-ci; mais qu'il est impossible de parquer les anciens statutaires par écoles vraiment distinctes. Toute idée juste, toute formule heureuse tombait dans le domaine commun et n'en sortait pas. Il n'y a eu qu'une seule et unique théorie des statuts, se précisant et se développant par le travail de grands jurisconsultes.

Et cette théorie unique a toujours enseigné que les lois, en principe, obligent tout le monde sur le territoire.

Nul jurisconsulte n'a inventé, proposé ce principe : c'est la nature des choses, c'est le bon sens, c'est l'évidence qui l'a imposé à tous, partout et toujours, et qui continue à l'imposer même à ceux des modernes qui le nient, car, qu'ils le sachent ou non, c'est à lui, sous le beau nom d'ordre public international ou absolu, qu'ils ne cessent de rendre hommage et de restituer son domaine.

87. M. Lainé est forcé de confesser que d'Argentré, le chef de « l'école française », a formellement « érigé la réalité en principe « universel dominant toutes les lois et fait de la règle concernant « l'état et la capacité des personnes une exception à ce principe ».

Mais M. Lainé, qui ne veut pas trouver cette idée ailleurs

qu'en Hollande, s'empresse de dire qu'il ne faut point attacher d'importance à ces lignes de d'Argentré; que le grand jurisconsulte breton, en les écrivant, était « entraîné par la passion que l'on sent animer tout son discours »; qu'il n'a pas dit ce qu'il voulait dire, et qu'il « a eu le tort d'exprimer en termes trop larges et trop absolus » l'idée « restreinte et relative » qu'il devait seulement avoir, qu'il avait certainement dans l'esprit, n'étant pas Hollandais.

Un disciple de M. Lainé pourra tout aussi bien soutenir dans l'avenir que l'auteur de la *Synthèse* n'a pas professé pour tout de bon le principe que les lois obligent tout le monde sur le territoire; qu'il a bien été entraîné à l'enseigner par la passion que l'on sent dans tout son livre, mais que ce qui est écrit sous l'influence de la passion révèle chez un auteur une pensée diamétralement opposée à celle qu'il a exprimée.

88. M. Laine laisse de côté les passages, cités par la *Synthèse*, où Boullenois, cette autre colonne de l'École française, admet et applique notre théorème.

L'argument de la passion, qui est vraiment neuf, peut encore être employé ici par mon éminent contradicteur.

Les Hollandais, gens posés et toujours maîtres d'eux, peuvent être crus sur parole quand ils affirment une conviction scientifique; mais les Français sont si impressionnables, si vifs, qu'il faut se défier de ce qu'ils disent, surtout en une matière aussi émouvante que le droit international privé, et leur attribuer d'autorité les doctrines qu'ils doivent avoir d'après l'emplacement où on les a alignés.

89. Il y avait dans l'ancien droit une maxime courante, traditionnelle, un brocard d'école, connu de tous, cité par tous : les coutumes sont réelles.

Or, les statuts reels ou territoriaux étant, par définition courante, ceux qui obligent tout le monde sur le territoire et n'obligent personne au delà, cette maxime exprime avec une suprême évidence l'idée que les coutumes régissent en principe tout le monde sur leur territoire.

Ce ne sont plus seulement d'Argentré et Boullenois, ce sont tous les anciens jurisconsultes français en chœur qui, par cette

maxime familière, journalière, professent ouvertement l'idée que M. Lainé présente comme une idée hollandaise.

90. M. Lainé se débat contre cette maxime universelle qui contredit si vigoureusement ses distinctions historiques.

Il s'efforce de croire et de nous faire admettre qu'en France elle ne voulait viser que les statuts relatifs aux immeubles.

Les coutumes sont réelles, cela veut dire pour M. Lainé : certains statuts des coutumes sont réels.

La maxime, dans la bouche d'un Hollandais, était une règle, un principe; mais dans la bouche d'un Français, bien que formulée dans les mêmes termes généraux, elle ne monumentait qu'une exception ou qu'une particularité et signifiait : exceptionnellement ou parfois les dispositions des coutumes sont réelles.

M. Lainé aime les traductions libres.

91. Il affirme qu'en fait « la réalité des coutumes s'appliquait seulement aux droits réels immobiliers, aux modes d'acquérir les immeubles, surtout aux successions », et il se prévaut de ce que c'est toujours à l'occasion des immeubles que Loisel, Renusson et d'autres citent l'adage « les coutumes sont réelles ».

A cela deux réponses.

92 La première est que la réalité des coutumes, en fait, s'appliquait, non seulement 1° en matière immobilière, mais encore : 2° en matière mobilière, quand il s'agissait des meubles pris *ut singuli* et même, par le jeu d'une fiction célèbre, quand il s'agissait de succession; M. Lainé lui-même l'a très bien démontré (1); 3° en matière de forme des actes; 4° en matière de capacité même, quand la coutume édictait ou ne reconnaissait pas ce qu'on appelait une capacité ou une incapacité *particulière*; M. Lainé l'a encore lui-même très longuement démontré (2).

La réalité des coutumes avait donc non pas une mais quatre séries d'applications.

93. La seconde réponse est qu'il n'est pas étonnant que ce soit presque toujours à l'occasion des immeubles que les anciens énoncent l'adage « les coutumes sont réelles ».

Les coutumes n'étaient pas des législations complètes. Elles

(1) *Introduction au Dr. int. pr.*, t. II, pp. 233 et suiv.

(2) *Eod. op.*, t. I, pp. 332 et suiv.; t. II, pp. 132 et suiv.

n'avaient qu'un nombre restreint de règles propres et ces règles n'avaient que trois objets : la propriété immobilière, la propriété mobilière, l'état et la capacité des personnes. En ce qui concerne les meubles et en ce qui concerne l'état et la capacité, le principe de la réalité souffrait de larges exceptions ou des modifications importantes. Il ne s'appliquait sans partage et sans détour qu'en matière immobilière. Il est donc tout naturel que les anciens en parlent de préférence à l'occasion de cette matière, puisque là seulement il est toujours appliqué purement et simplement.

Mais bien qu'en fait il ne s'appliquât pleinement qu'à l'une des trois catégories de dispositions que renfermaient les coutumes, c'est à bon droit que nos anciens lui maintenaient la dignité de principe. Car, d'une part, il s'appliquait à plusieurs dispositions des deux autres catégories, à toutes celles qui n'étaient pas comprises dans les exceptions consacrées par la science et la pratique. Et, d'autre part, les anciens se rendaient parfaitement compte que, si les coutumes avaient compris ou venaient à comprendre d'autres règles propres, des règles de procédure, des règles fiscales, des régles administratives ou de police..., la réalité eût été infailliblement leur régime.

94. Pour toutes ces dernières règles, qui étaient étrangères aux coutumes, qui n'étaient point des *statuts*, mais des lois communes à tout le royaume, et variaient seulement, comme aujourd'hui, d'un État à l'autre, M. Lainé conteste-t-il que, dans ces conflits plus élevés, le principe de la réalité les régissait?

Il ne le pourrait sans choquer l'histoire autant que la raison, sans contredire ceux des anciens qui ont examiné les conflits d'État à d'État.

Or, ces innombrables lois générales, jointes à celles des lois coutumières qui étaient aussi réelles, forment à n'en pas douter l'immense majorité des dispositions de toute législation complète.

Donc la *règle* était que les lois s'appliquent à tous sur le territoire, car les statuts sur l'état et la capacité n'étaient qu'une mince exception auprès de tout le reste, soumis à la réalité.

95. En face de ces faits indéniables, des formules usuelles qui les traduisaient et qui concordent avec eux, de l'enseignement, passionné ou non, mais explicite des grands théoriciens, c'est un

inconcevable aveuglement de présenter « comme étranger en très grande partie » à l'ancien droit français le principe que les lois, en règle, obligent tout le monde sur le territoire.

96. A tous les arguments par lesquels je viens, ce me semble, de réfuter cette allégation de M. Lainé, je crois devoir ajouter par surcroît le témoignage d'une haute autorité contemporaine.

C'est un auteur qui connaît les antiquités autant que M. Lainé et dont la compétence en droit international privé est incontestablement égale à celle de mon contradicteur.

Voici ce qu'on lit sur la doctrine française des statuts dans un grand ouvrage publié en 1892 par ce célèbre spécialiste :

« La doctrine française offre trois principaux caractères...

« Second caractère : la réalité des coutumes constitue la règle « générale, la personnalité n'existe qu'à titre d'exception.

« ... Il y eut, *dès le début*, entre la personnalité et la réalité un « rapport d'exception et règle générale... Tous ceux qui suivirent « acceptèrent cette condition pour le statut personnel, tous, « hormis Bouhier... Boullenois ne cessa jamais d'affirmer, *con-* « *formément à la tradition*, que, dans le doute, un statut doit « être réputé réel... La personnalité des lois n'était donc *dans la* « *doctrine française* qu'une règle exceptionnelle ».

Et ailleurs, le même auteur comprend comme moi la maxime « les coutumes sont réelles » :

« Les coutumes sont réelles. Qu'est-ce à dire?... Cela veut « dire que, dans le conflit des lois, elles sont strictement et abso- « lument territoriales. La règle ainsi formulée par Loisel et ses « contemporains, bien qu'énoncée à l'occasion du testament, n'est « pas seulement une règle de succession : *elle est générale*, au « fond comme en la forme. *C'est le principe du droit coutumier* « pour le conflit de lois. »

97. Quel est donc l'ouvrage dont les conclusions historiques sont si contraires à celles de mon éminent critique et si conformes aux miennes? Et quel en est l'auteur?

L'ouvrage est l'*Introduction au droit international privé* et l'auteur est M. Lainé (1).

(1) T. I, pp. 291 et suiv.; t. II, pp. 1. 169 et suiv.

M. Lainé a donc changé d'opinion depuis 1892... Rien, assurément, n'est plus légitime et même n'est plus honorable que de renier, après de nouvelles études, un enseignement déjà livré au public.

Mais j'ai le droit de m'étonner que M. Lainé, dans son nouvel écrit, n'impute qu'à moi la prétendue erreur historique qu'il essaye de réfuter et ne commence pas par frapper vigoureusement sa poitrine.

Aurait-il donc oublié ses propres œuvres? Ou possédé-je vraiment « l'art merveilleux » qu'il me prête, de troubler à tel point l'esprit de mes adversaires, qu'ils ne retrouvent plus et ne reconnaissent même pas leur pensée?

98. Quant à la prétendue école italo-française, dans laquelle M. Lainé enrégimente tous les auteurs qui se sont occupés des conflits antérieurement à d'Argentré, et à laquelle il prête volontiers ses propres idées, je m'abstiendrai de discuter, livres en mains, si ces primitifs ont ou non posé comme premier principe la réalité des statuts et des lois. Ce que je connais d'eux et de leurs écrits me permet d'affirmer qu'ils l'ont fait plus ou moins explicitement. M. Lainé convient que leur théorie « fut affectée en certaines matières, notamment quant aux successions, de l'idée de la réalité ». Qu'il veuille bien faire le total des matières où ils admettent la réalité, qu'il tienne compte de celles qui étaient réglées par des lois aussi bien que de celles qui étaient réglées par des statuts, qu'il compare les matières où ils n'appliquent pas aux résidents non domiciliés les lois et les statuts du pays : et il verra de quel côté est la règle, de quel côté l'exception.

La soi-disant doctrine italo-française ne diffère de la doctrine française que comme l'ébauche diffère de l'œuvre, comme l'arbuste diffère de l'arbre. On y remarque des tâtonnements, des branches folles, mais toutes les grandes lignes et tous les éléments essentiels de l'œuvre achevée, de l'arbre adulte, frappent l'œil de l'observateur qui se recule un peu pour contempler l'ensemble.

*
* *

99. Passons au Code civil.

M. Lainé prétend que les rédacteurs du Code ont « aban-

donné » le principe que les lois obligent tout le monde sur le territoire.

Il argumente de ce que tous les projets avaient expressément proclamé le principe et de ce que l'art. 3 lui-même se bornait tout d'abord à l'énoncer en ces termes : les lois obligent indistinctement ceux qui habitent le territoire. L'article fut profondément modifié : le principe fut éliminé et le Code, conclut M. Lainé, « ne pose plus un principe général, mais distingue trois « sortes de lois. L'ancien cadre de la théorie des statuts est « brisé... On se trouve maintenant en présence de trois classes « de lois entierement séparées les unes des autres : les lois de « police et de sûreté, les lois réelles et les lois personnelles ».

Le fait que tous les projets affirmaient expressément le principe prouve une fois de plus, remarquons-le en passant, que les jurisconsultes français en étaient imbus aussi fortement que les Hollandais. M. Lainé lui-même le reconnait sans y prendre garde et retourne, malgré lui, à son enseignement de 1892 : « On avait « donc *abandonné*, dit-il, *le principe de la réalité*, c'est-à-dire « de la territorialité absolue de la loi française ; *l'ancien cadre* « *de la théorie des statuts* est brisé. » Mais passons. Il ne s'agit plus de l'ancien droit, mais du Code civil.

100. Je maintiens fermement que le Code civil n'a pas abandonné le principe « que les lois s'appliquent indistinctement à tous ceux qui résident sur le territoire ».

Il l'a conservé tel qu'il était dans l'ancien droit, c'est-à-dire non comme principe *absolu*, mais tout simplement comme principe sans épithète, comme règle générale. Le principe n'a jamais été absolu dans l'ancien droit puisqu'il y a toujours reçu des exceptions ; et M. Lainé manque d'exactitude et crée une équivoque, lorsqu'il nous dit que le Code aurait abandonné le principe de la réalité, *c'est-à-dire* de la territorialité *absolue* de la loi française.

La vérité parfaite est que le Code civil, comme l'ancien droit, admet le principe absolu de la souveraineté du *législateur* français sur tous ceux qui habitent le territoire de la France, et le principe simple de l'application des lois françaises indistinctement à toutes ces mêmes personnes.

101. La preuve que le Code a conservé ce second principe, qui implique l'autre, c'est que, si les rédacteurs ont, au dernier moment, éliminé de l'art. 3 la proposition que l'on sait, ce n'est point parce que soudain ils auraient jugé fausse et condamné ou repoussé l'idée qu'elle exprime, mais pour de tout autres motifs. M. Lainé sait comme moi que personne, dans les travaux préparatoires, n'a adressé l'ombre d'une critique fondamentale à la disposition d'abord adoptée. Il sait comme moi que, seul, le rapporteur au tribunat fit des objections et que ces objections furent uniquement : 1° que la proposition ne laissait pas apercevoir les immunités reconnues aux ambassadeurs par les usages internationaux ; 2° qu'elle pouvait laisser croire que la loi n'oblige jamais les Français qui habitent hors du territoire. Telles sont les seules raisons pour lesquelles on jugea que la proposition « était trop vague et pouvait prêter à des raisonnements faux et dangereux », et qu'il était inutile de la formuler dans le Code.

Et il est bien certain que ce n'est pas l'affaire d'un code d'exprimer des vérités scientifiques et de faire des généralisations.

102. Mais, on le voit, le principe que la loi oblige tous ceux qui habitent le territoire est tenu pour vrai par tous les rédacteurs et collaborateurs du Code civil, même par ceux qui critiquent la formule proposée. Pour tenir compte des griefs un peu puérils du tribunat, on renonce à l'exprimer sous forme d'axiome. Mais il reste dans l'esprit de tous la règle première et dominante.

Portalis, après la modification de l'art. 3 comme avant, proclame, dans ses exposés des motifs, ces vérités de bon sens : « Habiter le territoire c'est se soumettre à la souveraineté... L'étranger devient le sujet casuel du pays dans lequel il réside. »

M. Lainé objecte que, dans le second exposé des motifs, Portalis ne parle plus ainsi qu'à propos des lois de police et de sûreté. C'est vrai. Mais qu'est-ce à dire, si ce n'est que Portalis justifie une solution particulière par des vérités générales? Ces vérités ont la même force pour toutes les autres catégories de lois. Soutenir que Portalis, changeant tout à coup de conviction, ne veut plus exprimer que des vérités propres aux lois de police et de sûreté, c'est supposer gratuitement chez un homme éminent la plus étrange versatilité et, dans son dernier état mental, le

défaut le plus complet de suite et de logique dans les idées : qui pourrait en effet comprendre qu'habiter le territoire soit se soumettre pleinement à la souveraineté sur certains points mais pas du tout sur certains autres? Que résider dans le pays rende l'étranger sujet casuel de ce pays en telle matière, mais point en telle autre?

Habiter le territoire, c'est se soumettre à la souveraineté sur tous les points; c'est devenir sujet sur toute la ligne.

Mais, bien entendu, à l'égard de l'étranger, du sujet casuel, comme à l'égard des sujets permanents, la souveraineté doit être sage et doit être juste, et la sagesse et la justice peuvent réclamer qu'en certaines matières un régime particulier soit assigné à cette catégorie de sujets.

C'est là, dans l'exercice de la souveraineté, et non pas dans son existence, qu'il y a lieu de considérer que « toutes les lois ne sont pas de même nature », et d'établir pour les étrangers, comme on le fait pour les femmes, ou pour les mineurs, ou pour les commerçants..., un certain nombre de règles spéciales.

103 Le Code fait mieux que de formuler expressément le principe contesté par M. Lainé : il l'applique, ce qui est la seule bonne manière pour un code d'affirmer les vérités philosophiques.

L'art. 3, dit M. Lainé, ne pose plus un principe général, mais distingue trois sortes de lois.

Soit.

Mais, d'une part, deux de ces trois groupes de lois sont soumis au même régime, au régime de la réalité : les lois de police et de sûreté, et celles que M Lainé se plaît à appeler *lois réelles*, en négligeant de faire remarquer que cette appellation ne peut leur être exclusivement réservée qu'à un certain point de vue étranger au débat actuel, au point de vue de l'*objet* et non pas au point de vue de l'*effet*.

Nous n'avons donc pas là trois classes de lois « entièrement séparées » : nous avons deux classes sur trois qui sont reliées par l'unité de régime, qui obligent tout le monde sur le territoire et personne au delà.

D'autre part, ces deux classes de lois embrassent un nombre

de lois immensément supérieur à celui des lois de la troisième classe, des lois sur l'état et la capacité. Ceci est surtout incontestable si l'on donne aux mots *lois* de police et de sûreté le sens élastique que leur attribuent l'Ecole et M. Lainé. Pour tous les auteurs contemporains, les lois de police et de sûreté ne sont pas seulement celles qui protègent les personnes et les biens contre la malice et la maladresse, ne sont pas seulement tout le droit pénal, mais encore toutes les lois de procédure, toutes les lois administratives, toutes les lois fiscales, toutes les lois constitutionnelles, toutes les lois sur les meubles pris *ut singuli*, toutes les lois sur la propriété littéraire et artistique, etc., etc.

Pour moi, tous ces derniers groupes de lois ne rentrent pas dans la dénomination lois de police et de sûreté et ne sont pas visés textuellement par l'art. 3 : mais ils sont soumis au régime de la réalité par le principe général et rationnel que je défends et que je sous-entends dans l'art. 3, où il est manifesté seulement par deux applications importantes.

Qu'on adopte l'interprétation de l'Ecole ou la mienne, la constatation finale est la même. D'après le Code, l'immense majorité, la presque unanimité des lois françaises obligent tout le monde sur le territoire.

104. Dès lors on a mauvaise grâce à refuser de reconnaître que la règle actuelle est encore que les lois françaises régissent toutes les personnes qui résident ou agissent sur le territoire. M. Lainé a beau faire et beau dire, l'art. 3, même et surtout tel qu'il le comprend, se ramène, sans être le moins du monde modifié, à cette formule significative : toutes les lois, excepté les lois sur l'état et la capacité, obligent tout le monde en France. C'est nier l'évidence que de le contester.

Le principe est donc dans le Code, et il y est tel qu'il était dans l'ancien droit : même étendue, même exception.

* * *

105. En troisième lieu M. Lainé nie que le premier théorème de la *Synthèse* soit justifié en raison.

Ici je suis fort embarrassé pour discuter avec mon éminent

contradicteur, car il se borne à repousser mes preuves sans essayer de les réfuter et sans démontrer aucune thèse différente de la mienne. Il mélange bien à ses dénégations quelques assertions, mais si vagues, si complètement dépourvues d'explication et de raisonnement, qu'il est impossible d'y trouver un endroit clair et résistant contre lequel on puisse diriger la pointe d'un argument.

106. Le théorème se justifie rationnellement, selon moi, on l'a vu, par la démonstration et la combinaison de ces deux idées : 1° l'étranger devient membre provisoire de la Société civile sur le territoire de laquelle il réside ; 2° il n'y a pas de raison, dans la plupart des matières, d'établir pour lui une législation spéciale.

107. M Lainé n'admet pas que l'étranger devienne membre de la Société civile où il vient s'installer.

Des hôtes, dit-il, ne sont pas des sujets. C'est tout ce qu'il trouve à objecter contre ma thèse

C'est d'un sentiment plutôt que d'une idée que M. Lainé cherche ici à se prévaloir, du sentiment de courtoisie et de générosité qu'on éprouve ordinairement envers des hôtes.

108. Le moyen n'est pas très scientifique.

D'abord, n'est-ce pas abuser d'un mot que de qualifier d'hôtes les étrangers ?

Ils viennent dans le pays sans être invités, en vertu d'un droit naturel incontestable, susceptible d'être restreint mais non d'être supprimé. Ils y fixent leur domicile si bon leur semble et pour le temps qu'ils veulent ; ils sont propriétaires ou locataires du terrain qu'ils occupent ; ils sont chez eux et non chez autrui.

En France, il est vrai, ils peuvent être expulsés individuellement et administrativement ; mais il y a des pays où il n'en est point ainsi, l'Angleterre, par exemple ; en revanche il y a des pays d'où les nationaux eux-mêmes peuvent être conduits à la frontière, sans forme de procès, la Turquie et la Russie, par exemple. Et il suffirait d'une petite loi positive pour que ce dessint là le régime des Français. Au train dont nous allons, une telle loi cessera bientôt de paraître impossible.

Le mot d'hôtes ne convient guère plus aux étrangers qu'aux nationaux.

109. Admettons que les étrangers soient des hôtes.

Qu'est-ce que cela prouve en droit contre ma thèse?

Est-ce que, par hasard, M. Lainé pretendrait que l'hôte peut faire la loi chez son amphitryon? Est-ce que celui-ci ne reste pas le seul maître chez lui? Est-ce qu'il n'a pas le droit d'imposer chez lui son régime à ses hôtes? Est-ce qu'en fait d'habitude, il ne se borne pas à le leur faire partager?

Sans doute, la courtoisie et la générosité tempèrent ici le droit strict. Mais la théorie des statuts ne manque pas de faire une part à la courtoisie et à la générosité; et ce sont les théories contemporaines seules, c'est M. Lainé, qui, tout à l'heure, ne voudra plus entendre parler de courtoisie et de condescendance dans les rapports de l'État avec les étrangers. Le droit, rien que le droit, réglera, aux yeux de M. Lainé, les allures des hôtes et du maître du logis.

110. Pour essayer d'établir que Portalis et moi avons tort d'enseigner que l'étranger devient le sujet casuel du pays où il séjourne, ce n'est pas à une comparaison à la fois inexacte et non concluante qu'il fallait recourir. Laissant les considérations sentimentales aussi bien que les jeux d'esprit, M. Lainé, encore une fois, devait appuyer sa négation à une théorie ferme et précise sur l'origine de la Société civile Il devait démontrer que la Société civile ne se forme point de la manière que je crois et dire comment, selon lui, elle se forme. M Lainé a certainement médité depuis longtemps sur le fait qui met les hommes en Société civile; il a sa conviction arrêtée sur ce point capital, car il est impossible de s'aventurer en droit international privé sans la lumière d'une telle conviction. Pourquoi ne nous fait-il point part de son opinion? Pourquoi la cache-t-il obstinément?

111. Elle doit être originale et très curieuse, car elle lui permet d'admettre qu'on peut être associé à moitié ou au quart dans la Société civile, sujet pour partie dans l'État.

En effet, il déclare que « ma thèse est en partie vraie » et que l'État « puise vraiment, dans sa souveraineté territoriale, certains « droits à l'égard des étrangers et des lois qui doivent leur être « appliquées ».

Donc l'État a pour partie l'*imperium* sur les étrangers; ils

sont, en certaines matières, ses sujets. Voilà que M Lainé dit, à son tour, que des hôtes sont des sujets, mais dans une certaine mesure.

112. Comment se fait-il qu'ils soient sujets pour partie et point pour le tout?

Est-ce leur volonté qui limite leur dépendance? Non, car autrement ils pourraient repousser toute dépendance et ne manqueraient pas de le faire.

Si M. Lainé ne s'inquiète pas de leurs intentions, comment explique-t-il que le fait d'habiter le territoire soumette l'étranger de plein droit et bon gré mal gré à la souveraineté locale en certaines matières, mais le laisse indépendant de la même souveraineté en certaines autres? Il serait très intéressant de le savoir.

113. M. Lainé ne nous renseigne pas là-dessus et ne dit rien qui soit clair lorsqu'il déclare que c'est dans sa souveraineté territoriale que l'État puise *certains droits* à l'égard des étrangers.

Qu'est-ce que la souveraineté *territoriale?*

Ce n'est pas la souveraineté qui porterait sur le territoire, sur la chose qu'on appelle ainsi, car la souveraineté ne porte pas sur les choses; exercer la souveraineté, c'est commander et défendre; on ne commande ni ne défend aux choses; la souveraineté ne peut porter que sur des personnes. Du reste, la souveraineté territoriale ainsi entendue ne donnerait logiquement à l'État que le droit d'imposer aux étrangers son régime de propriété et nullement cette masse innombrable de lois de police et de sûreté dont la plupart n'ont aucun rapport avec le sol et dont l'application aux étrangers est pourtant approuvée par M Lainé.

Souveraineté territoriale ne peut avoir qu'un sens raisonnable : c'est la souveraineté que l'État possède sur tous ceux qui habitent le territoire et par cela seul qu'ils l'habitent.

Mais, dès qu'on admet cette souveraineté comme incontestable (et c'est ce que fait M. Lainé), d'une part il est naïf et tautologique de conclure que l'État puise en elle des droits à l'égard des étrangers qui se trouvent sur le territoire; d'autre part, il est arbitraire et contradictoire de dire que cette souveraineté, à leur égard, n'est que fragmentaire.

114. Mais que vois-je? En relisant plus attentivement cette

page embarrassée de mon éminent adversaire, je découvre avec surprise et satisfaction que, malgré ses dénégations apparentes, il admet, comme moi, et très résolument, que la souveraineté de l'État sur les étrangers résidents est totale et que « les hôtes sont bien des sujets ».

En effet, il nous dit formellement que « soumettre les étrangers à ses propres lois en telles matières ou faire observer « quant à eux, sur d'autres points, les lois de leur patrie ou de « leur domicile, c'est, de la part de l'État, agir en souverain « territorial ». Et, plus loin, il exprime plus clairement sa pensée : « L'indépendance respective des États s'oppose à ce que « l'un prétende imposer ses lois chez l'autre... L'État compétent « (pour dire quelles lois seront appliquées aux étrangers) est « celui sur le territoire duquel il s'agit de rendre la justice... « L'idée que chaque État, étant souverain, est indépendant et « seul a droit de faire la loi sur son territoire fut, selon moi, ce « qu'il y eut de vrai autrefois dans le principe de la réalité des « lois ». Et, plus loin encore, M. Lainé, avec un zèle de néophyte, ne se lasse pas de rendre hommage à cette vérité et de déclarer que nous sommes d'accord sur « une idée dont l'importance est « de premier ordre et la justesse parfaite : c'est que chaque État, « dans les limites de son territoire, est seul compétent pour sta- « tuer sur les questions de droit international privé ».

115. Mais, dès lors, si c'est l'État qui seul a le droit de décider dans quelle mesure les étrangers résidents seront soumis à ses lois et dans quelle mesure on leur appliquera les lois de leur patrie; si c'est l'État qui règle ainsi *sur tous les points*, dans sa sagesse, les droits et les obligations des étrangers dans le pays : il a donc, chez lui, sur eux, la souveraineté totale et ils sont ses sujets pour le tout.

Comment M. Lainé peut-il qualifier « d'excessif et d'incohérent » un enseignement qu'il adopte pleinement? Comment dépense-t-il tour à tour de l'esprit et du sentiment contre l'idée que les étrangers sont des sujets, pour aboutir à déclarer que « l'État a seul le droit de faire la loi sur son territoire » en ce qui les concerne et qu'il est « seul compétent pour statuer » sur tout ce qui les regarde?

Est-ce que M. Lainé ne s'apercevrait pas que la thèse qu'il combat et celle qu'il admet, dans le même article, dans la même page, dans le même alinéa, sont une seule et même thèse?

116. M. Lainé, il est vrai, prend la peine de nous dire que « l'État, maître chez lui, n'est pas un maître absolu; qu'une autorité supérieure, la raison, lui impose des devoirs ».

Mais qui nie, qui a jamais nié cette vérité évidente? qui a jamais prétendu que la souveraineté sur les étrangers est indépendante de la raison et n'a point de devoirs?

M. Lainé croit-il que les auteurs anciens ou modernes qui n'ont pas énoncé magistralement une idée si banale en étaient dépourvus? Est-il permis de supposer un instant que nos grands statutaires, dont la culture philosophique était admirable, et qui, à la différence de la plupart des jurisconsultes de ce siècle, avaient la notion précise et sûre du droit naturel, est-il permis de supposer que d'Argentré, Boullenois, Pothier, ont admis que l'État peut légitimement prendre à l'égard des étrangers des mesures contraires à la raison et à la justice? Bien loin de ne pas limiter la souveraineté de l'État sur eux par la justice, ils l'invitaient à se limiter elle-même par la courtoisie : M. Lainé le sait bien, puisqu'il le leur reprochera.

117. L'État a des devoirs envers les étrangers, dit pompeusement M. Lainé; une autorité supérieure, la raison, est ici souveraine de la souveraineté de l'État.

En vérité, on croirait, à voir l'insistance de l'éminent spécialiste sur ce point, que les choses sont tout autres à l'égard des nationaux, que l'État n'a pas de devoirs envers eux, que sa souveraineté sur eux est « absolue », dans le sens où M. Lainé prend le mot, c'est-à-dire dispensée d'être raisonnable et juste.

Il est clair pourtant que M. Lainé lui-même admet que la raison et la justice limitent les pouvoirs de l'État sur les nationaux aussi bien que ses pouvoirs sur les étrangers.

En conclut-il que les nationaux ne sont pas vraiment les sujets de l'État? Qu'on ne peut pas poser en principe que l'État a le droit de régir leur conduite en toute matière? Que l'État n'est pas leur souverain sur toute la ligne?

Évidemment non.

Mais alors, il doit sentir que la même conclusion, exclusivement tirée du même fait, n'a aucune valeur non plus en ce qui concerne les étrangers résidants.

118. M. Lainé, malgré d'apparentes et faibles protestations, accepte donc en réalité la première des deux idées qui, selon moi, justifient philosophiquement le théorème qu'il repousse. Il admet, comme moi, « la compétence exclusive de l'État dans les limites de son territoire pour statuer sur les questions de droit international privé », c'est-à-dire tout simplement la souveraineté, l'*imperium* de l'État sur les étrangers résidents.

Alors, c'est donc la seconde idée qu'il n'accepte pas, à savoir que l'État a toutes sortes de bonnes raisons de soumettre en principe à des lois uniformes les étrangers et les nationaux, et n'en a aucune de ne pas le faire.

119. Mais, pour repousser cette idée, il faut avoir le courage d'en accepter plusieurs qui seront généralement regardées comme paradoxales et qu'il ne serait pas très facile de démontrer.

Il faut nier les avantages de l'unité de législation dans le pays; il faut regarder comme rationnel et normal le régime d'un pays où les lois varieraient, non plus comme autrefois, de province à province, mais d'individu à individu, et où l'on appliquerait, sur le même sol et dans le même milieu, non pas exceptionnellement, mais en principe et très largement, des règles différentes aux nationaux et aux étrangers et des règles différentes à chaque catégorie d'étrangers; il faut soutenir que la discipline n'est pas indispensable dans une masse d'hommes qui poursuit un but commun d'une suprême importance, ou que la discipline peut s'accommoder avec une variété infinie d'allures particulières; il faut se persuader que le but d'une loi ne sera pas ordinairement manqué par cela seul qu'un certain nombre d'individus dans le groupe seront exempts de la loi; il faut croire que cette multitude de règles n'équivaudra pas à l'absence de règles et que l'État pourra très bien, malgré cette anarchie, atteindre toutes les fins pour lesquelles il existe; il faut prétendre que les avantages ou les inconvénients d'un acte, dans le même temps, dans le même lieu, ne sont pas d'habitude exactement les mêmes si son auteur est national ou si son auteur est étranger, et qu'il y a lieu presque

toujours de le régler d'une manière au premier cas et d'une autre manière au second, et de varier encore suivant la nationalité de l'étranger.

Ou bien il faut dire hardiment que l'État doit s'imposer d'incontestables et immenses embarras, avoir pour chaque fait vingt mesures, dont dix-neuf fausses, compromettre sa mission, uniquement pour procurer à un certain nombre d'individus, venus librement dans son sein et libres d'en sortir, le plaisir et l'honneur d'avoir une législation particulière; que l'intérêt de tous doit être sacrifié par lui, de gaieté de cœur, non pas même à l'intérêt de quelques-uns, car les étrangers eux-mêmes souffriront de ce désordre et de ce désarroi, mais à une problématique satisfaction de leur amour-propre

120. Implicitement M Lainé soutient tout ou partie de ces thèses par cela seul qu'il nie la mienne. Mais comme il n'en exprime aucune d'une manière positive et qu'il produit encore moins les arguments susceptibles, à ses yeux, de réhabiliter auprès du sens commun quelqu'une de ces propositions, force nous est, sur ce point, de suspendre la discussion.

121. Il y a, c'est évident, quelques matières où les lois doivent être différentes pour les étrangers et pour les nationaux, et même il y en a une ou deux où les lois peuvent, non sans inconvénients, mais avec des avantages supérieurs, être différentes pour chaque catégorie d'étrangers.

Ce sont les matières où l'acte, exceptionnellement, est modifié, au moins dans ses résultats, par la qualité de son auteur. Quand la qualité d'étranger en général ou celle d'étranger de telle nationalité a une influence propre sur le caractère ou les conséquences de l'acte, des mesures spéciales doivent prévenir des dangers spéciaux.

Mais ces matières sont très peu nombreuses eu égard à l'immensité du terrain législatif Leur caractère d'exception saute aux yeux. Quand on a indiqué le service militaire, la participation aux suffrages et aux fonctions publiques, l'état et la capacité, on a presque tout dit.

Le fait ordinaire est que les actes de l'étranger et ceux du national ont absolument la même nature et les mêmes consé-

quences, bonnes ou mauvaises : donc la règle doit être l'uniformité des lois sur le territoire de l'Etat,

*
* *

122. L'observation confirme ici le raisonnement. Il n'est pas un État civilisé où l'immense majorité des lois ne s'applique indistinctement à tous ceux qui habitent ou agissent sur le territoire.

M. Lainé, dans sa quatrième négation, conteste le fait.

La négation est hardie, car le fait est susceptible d'une vérification rapide et décisive. Deux modestes opérations d'arithmétique suffisent pour le rendre éclatant.

Additionnons d'une part les lois qui, en France par exemple, s'appliquent indistinctement aux nationaux et aux étrangers, d'autre part celles qui sont spéciales soit à ceux-ci soit à ceux-là.

123. Dans la première colonne il faut mettre 1° tout le Code pénal; 2° tout le Code d'instruction criminelle; 3° tous les titres du Code civil qui ne s'occupent point de l'état et de la capacité, c'est-à-dire au moins vingt-sept titres sur trente-six; 4° une partie, parfois très grande (pour le divorce par exemple), de chacun des neuf autres titres du Code civil, tout ce qui touche, dirait M. Lainé, à l'ordre public absolu; 5° tout le Code de procédure civile, sauf deux articles; 6° tout le Code de commerce; 7° tout le Code forestier; 8° toutes les lois fiscales, qui sont légion; 9° tous les règlements et lois administratifs, qui sont plusieurs légions; 10° toutes les lois sur la propriété littéraire, artistique, commerciale et industrielle; 11° toutes les lois et tous les règlements industriels; 12° les lois sur la presse; 13° les lois qui règlent les droits de réunion et d'association; 14° les lois sur la chasse et la pêche; 15° les lois sur les mines; 16° les lois sur les caisses d'épargne, la caisse des retraites pour la vieillesse, etc.; 17° les lois sur le transport des voyageurs et marchandises par terre ou par eau. Il faut renoncer à pousser jusqu'au bout cette énumération.

Dans la seconde colonne, nous ne trouvons à placer que : 1° les lois militaires; 2° les lois sur le suffrage et sur l'accès aux

fonctions publiques; 3° une partie de la partie du droit civil qui règle l'état et la capacité; 4° *la* loi qui permet l'expulsion administrative des étrangers; 5° *la* loi qui les astreint à la déclaration de résidence; 6° *la* loi qui leur interdit d'enseigner en France sans autorisation; 7° les deux articles du Code de procédure qui parlent de la caution *judicatum solvi*.

124. Je le demande à tout jurisconsulte, je le demande à M. Lainé lui-même, le contenu de la première colonne n'est-il pas vingt fois supérieur à celui de la seconde? Non seulement la série des nombres qu'il faut additionner dans celle-là est beaucoup plus longue que dans celle-ci, mais surtout presque tous les nombres de la première sont formidables, tandis que ceux de la seconde souvent ne dépassent pas l'humble unité.

Au bas mot, 95 0/0 de nos lois sont communes aux étrangers résidents et aux Français.

Est-il permis, en face de ces chiffres incontestables, de nier que la distinction entre les deux catégories de sujets soit exceptionnelle?

125. L'unité de régime est tellement le principe naturel, que toutes les fois que le législateur veut qu'une loi ou un groupe de lois s'applique exclusivement aux Français ou aux étrangers, il est forcé de le dire formellement.

Toute loi, nous l'avons déjà dit, qui ne distingue pas expressément, soit par elle-même, soit par un critérium antérieurement posé, s'applique à tout le monde sur le territoire. N'est-ce pas là le signe caractéristique d'une règle?

Je prie M. Lainé de vouloir bien se poser cette question : oui ou non, l'état et la capacité mis à part, toute loi qui ne déclare pas formellement qu'elle est spéciale aux nationaux ou spéciale aux étrangers, s'applique-t-elle aux uns comme aux autres? S'il répond oui, il souscrit au théorème qu'il attaque. Or il lui est impossible de répondre non.

126. Quand M. Lainé dit que j'apporte à mon principe d'innombrables tempéraments « et qu'un principe entouré de tant de réserves, borné, circonscrit, inefficace à tant de points de vue, ne mérite vraiment pas le nom de principe », il force à plaisir le nombre, l'étendue et la profondeur des exceptions que je signale

à l'uniformité des lois. Ce n'est pas à ma doctrine que ces exagérations peuvent nuire dans l'esprit des hommes du métier.

127. Ce n'est pas elle non plus qui peut souffrir du grief qu'il me fait de formuler d'abord une règle qui a l'air d'embrasser tous les cas et d'en retirer ensuite, sous le nom d'exceptions, des cas auxquels elle ne doit ou même ne peut pas s'appliquer.

Tout le monde dans toutes les sciences énonce d'abord les règles sans restriction et ne signale qu'après coup les exceptions.

C'est encore une pure chicane que de me reprocher, à propos de ces exceptions, d'en avoir signalé deux qui sont par trop évidentes.

Je les ai signalées en effet, mais d'un mot et dans le tableau d'ensemble des exceptions.

Fallait-il donc être incomplet de peur de dire des choses trop certaines?

128. Terminons la défense de notre premier théorème par deux remarques qui me semblent de nature à précipiter la retraite de l'assaillant.

Les différences qu'admet notre législation entre les étrangers et les nationaux ne sont pas plus nombreuses ni plus importantes que celles qu'elle admet entre les femmes françaises et les hommes français; loin de là, elles le sont moins.

Comme les étrangers, les femmes ne sont pas soumises aux lois militaires, n'ont pas le droit de suffrage, ne sont pas admises aux fonctions publiques; comme les étrangers, elles ont un état et une capacité à part; en plus, elles ont une hypothèque légale, elles peuvent avoir des biens inaliénables, etc.

Est-ce que M. Lainé, à cause de ces règles propres aux femmes, règles très raisonnables assurément, est disposé à professer que ce n'est pas l'Etat, mais la raison, qui est le souverain des femmes de France? Est-ce qu'il est disposé à nier que l'uniformité des lois pour les hommes et les femmes soit le principe général?

Nous pourrions renouveler ces questions indiscrètes au sujet des mineurs...

129. L'état et la capacité mis à part, les lois spéciales qui sont réservées ou refusées aux étrangers sont des lois de pure fabrication française et elles ne s'appliquent que sur le territoire. Elles

n'augmentent donc pas d'un pouce le domaine de la personnalité des lois telle qu'on l'entend en droit international privé.

Elles sont, elles aussi, des lois réelles, car philosophiquement la vraie définition des lois réelles (quant à l'effet) ne doit-elle pas être celle-ci : ce sont les lois qui régissent *sur le territoire*, mais *seulement* sur le territoire, toutes les personnes *qu'elles visent*.

En sorte que la liste des lois françaises spéciales aux étrangers fût-elle dix fois plus longue, il est impossible de comprendre quel argument en peut tirer M. Lainé contre le principe de la réalité, quelle concession il peut y voir à la « souveraineté personnelle », quel gain il y peut trouver pour les lois étrangères.

(*A suivre.*) Marquis DE VAREILLES-SOMMIÈRES.

DE L'ASSURANCE SUR LA VIE ET DE DIVERS CONTRATS QUI EN DÉCOULENT,

Par M. L. ZÉGLICKI, juge près le tribunal civil de Toulouse.

Le contrat d'assurance a pour but de garantir l'assuré d'un désastre, d'un événement fortuit et incertain. Il y a deux sortes d'assurances en usage : l'assurance à prime fixe où l'assureur perçoit périodiquement une certaine somme moyennant laquelle il garantit l'assuré contre les conséquences dommageables du sinistre prévu par le contrat et l'assurance mutuelle (à prime variable), dont l'assurance sur la vie n'est qu'une variété d'espèce.

Nous traiterons des assurances sur la vie et des contrats qui s'y rattachent. Comme les assurances sur la vie sont susceptibles de revêtir diverses formes, nous parlerons d'abord des formalités auxquelles elles sont soumises et ensuite de ses diverses modalités.

FORMALITÉS ET FORMES DES ASSURANCES SUR LA VIE

D'une façon générale l'assurance sur la vie est soumise tant à la surveillance qu'à l'autorisation du gouvernement par application de la loi du 24 juillet 1867 et du règlement d'administration publique du 22 janvier 1868. Les assurances sur la vie affectent

des modalités variées; tantôt elles garantissent un capital payable dès le décès de l'assuré au bénéficiaire désigné par lui (on l'appelle assurance vie entière), tantôt elles procurent un capital à l'assuré qui vit à une époque déterminée et en cas de prédécès à ses ayants-droit (on l'appelle assurance mixte): il y a encore l'assurance à terme fixe par laquelle l'assuré vivant à l'échéance fixée à l'avance touchera la somme convenue avec cette conséquence que s'il décède avant l'échéance, la somme sera payée aux personnes désignées par lui, mais seulement à la date portée au contrat; il y a aussi l'assurance vie entière sur deux têtes dont l'effet est de garantir le risque du décès de deux personnes, celle qui décède la première laissant immédiatement un capital à la survivante; ensuite vient l'assurance temporaire qui se rapporte au décès survenu dans un temps limité, mais qui ne procure aucun émolument à l'assuré qui vit après cette période, et enfin l'assurance de survie destinée à procurer une somme à une personne déterminée qui subsistera après le décès de l'assuré.

Ces préliminaires exposés, M. Lefort traite de la formation du contrat d'assurance sur la vie, de ses modes d'extinction, de la compétence et procédure qui lui est propre et du régime fiscal auquel il est soumis; pour que le contrat d'assurances sur la vie soit valable, il faut qu'il réunisse certaines conditions; les parties contractantes doivent donner un libre consentement, l'assureur, l'assuré et le bénéficiaire doivent être capables, le contrat doit avoir un objet.

§ 1er. — *Liberté du consentement.*

Sans consentement ou sans un consentement libre le contrat est vicié : donc s'il a été formé par exemple sous l'empire du dol, de la violence ou de l'erreur, il peut être annulé.

§ 2. — *L'assureur, l'assuré et le bénéficiaire doivent être capables.*

En ce qui concerne l'assureur (c'est-à-dire l'association qu'il personnifie), il doit avoir non seulement la capacité générale pour traiter, mais disposer aussi d'une capacité spéciale, c'est-à-dire

que ses agissements pour être valables doivent être conformes aux statuts de l'association.

L'assuré (c'est-à-dire l'adhérent) doit être capable de contracter : ainsi la femme mariée ne peut s'assurer que pour les biens dont elle a l'administration.

Il est généralement admis que le mineur émancipé a capacité suffisante à cet effet, et quant au mineur non émancipé les avis sont partagés, mais la généralité des auteurs se prononce pour la nullité du contrat vis-à-vis de lui.

Le bénéficiaire, au cas où l'assurance est contractée au profit d'un tiers, doit avoir la capacité régie par le droit commun : c'est ainsi qu'il est décidé que le bénéfice d'une assurance faite par un tiers à un mineur en tutelle ne peut être accepté par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille, car c'est une libéralité (art. 463, C. civ.).

§ 3. — *De l'objet du contrat.*

Il doit consister en une chose soumise à des risques et les risques doivent avoir une contre-partie dans ce qu'on appelle la cotisation, laquelle est essentiellement *variable*. L'ensemble des cotisations constitue le capital social. C'est grâce à elles qu'il peut être paré aux sinistres, et que la paiement de l'indemnité peut être effectué lorsque l'événement prevu par le contrat se réalise. L'indemnité est à son tour la contre-partie du versement des cotisations. Elle est prélevée sur le fonds de prévoyance qui est constitué avec une portion de la cotisation annuelle de chaque sociétaire et en cas d'insuffisance sur les autres fonds indiqués par les statuts.

MODE D'EXTINCTION DES ASSURANCES SUR LA VIE

Ces modes d'extinction sont : la résiliation, la résolution, la prescription.

§ 1er. — *Résiliation.*

Elle peut résulter de l'accord des contractants; elle délie les parties, mais l'adhérent qui serait redevable d'une portion de cotisation devrait se libérer.

§ 2. — *Résolution.*

La résolution est l'application pure et simple de l'art. 1184 du Code civil; elle peut être le résultat du fait de l'assureur, de l'assuré ou du bénéficiaire.

L'assureur doit prendre ses précautions pour rester solvable et fournir une garantie suffisante. Il doit en outre se comporter en fidèle observateur des règles statutaires afferentes à l'organisation de la société, sinon l'assuré peut demander la résolution du contrat.

L'assuré est tenu, au moment où il sollicite son entrée dans l'association, d'indiquer toutes les circonstances propres à éclairer sur le caractère du risque, puis de verser sa cotisation aux termes convenus et s'abstenir de tout fait pouvant être considéré comme aggravant les risques. La méconnaissance de ces obligations impérieusement prescrites autorise l'association à réclamer la résolution du contrat...

Quant au bénéficiaire, l'association pourrait demander contre lui la résolution s'il avait prêté son concours à l'assuré pour aggraver les risques, par exemple s'il avait fourni son aide au suicide de celui-ci, s'il avait consenti à lui servir de témoin en duel, s'il l'avait entraîné dans des entreprises périlleuses devant amener son décès.

§ 3. — *De la prescription.*

Les engagements qui résultent du contrat d'assurances sur la vie s'éteignent par la prescription de dix ans en cas de violence, dol ou erreur. L'art. 2277 qui édicte une prescription quinquennale en matière de prestations périodiques n'est pas applicable aux cotisations des mutualistes parce qu'elles sont variables et dès lors elles sont soumises à la prescription trentenaire; pareillement l'art. 2277 ne s'applique pas à la prime annuelle allouée au directeur, lorsque cette prime est variable et proportionnelle à l'importance des valeurs assurées, et en tous cas lorsqu'il existe un conseil d'administration chargé de régler les paiements dus au directeur. Si la cotisation pour frais de gestion a un caractère de fixité absolue, ce qui est possible puisque

la somme allouée à la direction peut être fixe, il y a lieu d'appliquer l'art. 2277 et dire que la cotisation est prescriptible pour cinq années.

COMPÉTENCE ET PROCÉDURE PROPRES AUX ASSURANCES SUR LA VIE

Les mutuelles et par suite les sociétés d'assurances sur la vie qui ne sont qu'une forme de celles-ci sont non pas des sociétés commerciales, mais bien des sociétés civiles, car elles n'ont aucun but de spéculation. Il en résulte que le tribunal civil a seul pouvoir pour connaître des demandes en paiement de l'indemnité, que le tribunal de commerce doit se déclarer incompétent, même d'office, lorsqu'il est appelé à connaître d'un litige entre une société d'assurance sur la vie et un sociétaire. Le directeur et le président du conseil d'administration de cette société ne peut, du moment qu'il n'a pas la qualité de commerçant, être justiciable du tribunal de commerce même à raison de billets à ordre souscrits en cette qualité. En principe, c'est le domicile du défendeur qui détermine le tribunal compétent pour statuer sur le litige. Dès lors c'est devant le tribunal du siège social que la société d'assurances sur la vie doit être assignée soit par les sociétés, soit par les tiers. A la vérité, il est admis que lorsqu'une société a hors de son siège social une succursale, c'est-à dire une représentation capable de l'engager, elle peut être assignée devant le tribunal du lieu de cette succursale, l'agence constituant un établissement principal à l'égard des tiers qui ont traité avec elle.

Mais il faut ajouter que les assureurs sur la vie ont toujours protesté contre cette idée que leurs bureaux au loin auraient le caractère de succursales et qu'ils ont constamment voulu attribuer une compétence exclusive au tribunal du siège social : aussi ont-ils pris l'habitude d'inscrire dans les statuts une clause dont la validité n'est pas douteuse, declarant que de convention expresse et sauf les dérogations que pourrait autoriser le conseil d'administration, toutes les contestations à intenter à l'occasion des contrats souscrits ou pour leur execution seront soumises aux tribunaux du siège de la société. D'autre part, quand la société est demanderesse, elle devrait agir devant le tribunal du lieu où

habite son adversaire. Mais pour des motifs qui se conçoivent elle tient à laisser régler le différend par le juge de son domicile social : aussi a-t-elle bien soin de dire dans les statuts que le juge du domicile social connaîtra de toutes les contestations qui pourraient être dirigées directement ou indirectement par ou contre la société...

En ce qui concerne la procédure, on considère comme indéterminée et par suite susceptible d'appel, la demande en rupture du contrat formé par une société d'assurance sur la vie contre un adhérent, parce que les cotisations sont essentiellement variables, suivant le nombre et l'importance des sinistres; et le calcul de celles-ci dues pour les années restant à courir jusqu'à la fin de la police ne peut être effectué à l'avance par conséquent. Il en est de même lorsque sur la demande en paiement de l'une des cotisations annuelles, le défendeur oppose la résiliation de la police. Il en serait autrement dans l'une et l'autre hypothèse, si un maximum avait été fixé d'avance aux cotisations pour les années restant à courir jusqu'à la fin de la police, et si ce maximum réuni au chiffre des cotisations antérieures ne dépassait pas le taux du premier ressort.

DU RÉGIME FISCAL APPLICABLE AUX SOCIÉTÉS D'ASSURANCES SUR LA VIE

L'art. 8 de la loi de finances du 29 décembre 1884 soumet les sociétés dont il s'agit à une taxe d'abonnement pour timbre de 2 centimes et demi (décimes compris) par 1000 francs du total des sommes assurées d'après les polices ou contrats en cours d'exécution. Cette taxe est payable par trimestre et avant le dixième jour du troisième mois du trimestre suivant, au bureau de l'enregistrement de la société. La règle est différente pour les sociétés dans lesquelles le montant des cotisations annuelles est d'après les statuts payable par avance le 1er janvier de chaque année. Le droit est exigible par quart et doit être acquitté dans les dix premiers jours suivant l'expiration de chaque trimestre.

Les cotisations des assurances sur la vie n'ont pas le caractère d'apport social et par suite elles ne sont nullement passibles du

droit gradué d'enregistrement en vertu de la loi du 28 février 1872. Les actes d'adhésion sont assujettis au droit fixe de 1 franc et ce droit est dû par chaque adhérent. Un droit proportionnel de 1 fr. 25 (décimes compris) est exigible sur la valeur des cotisations annuelles versées ou à verser par le souscripteur.

Quant au droit de mutation par décès, il est perçu par l'administration de l'enregistrement sur l'évaluation que les héritiers du contractant sont tenus de faire et qui ne peut être inférieure au total des primes ou cotisations acquittées par leur auteur.

Nous allons passer ensuite à la définition des tontines et opérations tontinières, puis à leur caractère.

DÉFINITION DES TONTINES ET OPÉRATIONS TONTINIÈRES

On appelle tontine toute opération financière faite en commun par plusieurs individus et basée sur la durée probable de la vie humaine, en ce sens que le profit soit obtenu par le survivant. L'une des opérations tontinières les plus ordinaires est celle dans laquelle plusieurs personnes, agissant dans un intérêt privé, mettent en commun un fonds destiné à être réparti, à une époque convenue, entre les survivants, avec les intérêts accumulés et la part des décédés. Ce qui caractérise ces sortes d'opérations, c'est qu'elles supposent le versement à fonds perdus d'un certain nombre de primes ou d'annuites avec l'espoir de recevoir, en cas de survivance, au terme d'un delai, un capital d'une importance plus ou moins variable. Elles sont une gageure et en quelque sorte un acte de cupidité ayant pour but la réalisation d'un gain excessif, à la différence des sociétés d'assurances sur la vie qui sont un acte de prévoyance et de sage administration destiné à atténuer dans une certaine limite le préjudice que peut causer la disparition de l'assuré à des personnes qui lui sont chères. Elles donnent surtout prise aux reproches les plus sérieux au regard de la morale : elles reposent sur le profit que le malheur des uns procure aux autres, sur ce que les survivants s'enrichissent au détriment de la famille des défunts. On peut dire que les opérations tontinières s'éloignent tout à fait de l'idée d'assurance pour se rapprocher de celle de banque et de loterie.

DU CARACTÈRE DES TONTINES

Le contrat de société d'une façon générale suppose la mise en commun d'une chose avec possibilité de bénéfices, mais nécessairement aussi avec l'éventualité de pertes. Dans la tontine, s'il y a un capital mis en commun, les contractants ne songent pas à en tirer des bénéfices; ce qu'ils veulent, c'est que ce capital soit réparti entre eux suivant la durée de leur existence. Les mots de sociétés tontinières, employés parfois, sont abusifs et impropres. De ce que la tontine n'est pas une société, il suit que les difficultés qui peuvent naître à son occasion sont de la compétence du tribunal civil et que l'acte de sa constitution ne peut donner ouverture au droit gradué déterminé pour les actes de société. Du moment que le caractère essentiel de la tontine est de conférer par le contrat même au survivant un droit au fonds commun, il faut en conclure que le survivant n'arrive pas comme un héritier du prémourant, mais bien en vertu d'un droit personnel, qu'il devient propriétaire non pas à titre successif, mais de par la convention; aussi la réversion, quand elle se produit, ne rend pas exigible le droit de mutation par décès. Une loi du 28 décembre 1880 a soumis au droit de mutation par décès les accroissements opérés entre associés, en même temps qu'à la taxe de 3 0/0 sur les revenus, les sociétés ou associations dont les produits ne sont pas distribués; cette législation est applicable aux tontines.

Si les tontines ne sont pas des sociétés, que sont-elles donc?

Elles ont pour objet le placement des fonds d'autrui; le capital appartient aux souscripteurs, les administrateurs n'en sont que les dépositaires; leur rôle consiste non pas à aliéner les sommes que les intéressés ont versées ni à en faire l'objet de spéculations, mais à les placer dans les meilleures conditions tant au point de vue de la sécurité que du revenu. Les tontines doivent être definies : simples associations présentant les caractères suivants : 1° durée indéterminée (la tontine ne prend fin que par la mort du dernier des associés); 2° réunion de fonds destinés à être placés en rentes sur l'État, en immeubles, prêts ou autres

opérations analogues; 3° attribution de la totalité du fonds commun au dernier survivant des societaires.

Les associations tontinières ne peuvent exister et fonctionner qu'à la condition de subir le contrôle du gouvernement qui s'exerce de deux façons : par l'autorisation exigée lors de la constitution; par la surveillance des operations.

DE L'ASSURANCE SUR LA VIE PAR L'ÉTAT

Dans notre situation sociale actuelle, l'assurance est une force économique et financière, l'État ne peut s'en désintéresser, mais il est allé aussi loin que possible; il est devenu lui-même assureur. C'est la loi des 11-15 juillet 1868 qui a organisé cette sorte d'assurance dans laquelle l'État se confère le droit de percevoir des primes et de s'engager à verser un capital determiné au décès de l'assuré. Sa caisse est gérée par l'administration de la Caisse des depôts et consignations. L'assuré doit verser une prime soit unique, soit annuelle. Une double sanction est édictée en cas de retard du paiement de la prime. Si le versement n'a pas eu lieu dans les trente jours de l'échéance, l'assuré doit les intérêts à 4 0/0 à partir de cette époque jusqu'à l'expiration du délai d'un an. Le non-paiement après un an constitue un cas de résolution de plein droit du contrat. Au décès de l'assuré le capital est payable à ses héritiers ou ayants droit. Il est touché, à Paris, à la Caisse générale; dans les departements, aux caisses de ses préposés, sur une autorisation donnée par le directeur général de la Caisse des depôts et consignations.

Les demandes doivent être accompagnées du livret de l'assuré et de son acte de décès. En ce qui concerne les marins ou les personnes mortes en mer, dont il n'est pas possible de rapporter l'extrait mortuaire, il doit y être suppléé par la production d'un certificat délivré par le ministre de la marine. Le contrat cesse de produire effet dans trois cas : 1° quand l'assurance a été souscrite moins de deux ans avant le decès de l'assuré; 2° lorsque les primes ne sont pas payées dans le délai dont il a été parlé plus haut; 3° lorsque le décès ne s'est pas produit d'une façon normale, c'est-à-dire s'il a été le résultat d'un suicide, d'un

duel ou d'une condamnation judiciaire. La loi du 11 juillet 1868 interdisait à l'État tout autre assurance que celle en cas de décès, Le législateur par une loi de 1897 a autorisé l'État à accepter des assurances mixtes, c'est-à-dire des assurances même en cas de vie. L'expérience a démontré que le rôle d'assureur ne convenait pas à l'État et qu'il avait échoué dans les assurances sur la vie en cas de décès. Il est encore trop tôt pour se prononcer sur le sort des autres contrats.

Nous avons maintenant à nous occuper des assurances populaires. Il paraît que les Anglais ont pour les assurances sur la vie un goût très prononcé. On rencontre en Angleterre les *Industrial Companies*, c'est à-dire des compagnies d'assurances ouvrières pratiquant l'assurance de petits capitaux avec perception de primes à domicile chaque semaine. La clientèle de ces compagnies est très nombreuse; on a calculé qu'elle dépassait sensiblement le tiers de la population du royaume. Il y a en outre les associations d'employés; les *Trade-Unions* pour certaines catégories de travailleurs et les *Post-Office* pour la petite bourgeoisie. En France, on trouve des sociétés industrielles pour les travailleurs qui offrent aux pères de constituer une dot aux enfants pour l'époque de leur majorité, ou qui proposent à l'ouvrier, au moyen d'une prime bi-mensuelle modique, de contracter soit une rente viagère à cinquante-cinq ans, devant donner droit à un capital modique, lors de l'arrivée du décès, au profit d'un tiers bénéficiaire, ou à un capital plus fort, à raison de l'éloignement de son exigibilité, au profit de l'assuré lui-même en cas de survie, par exemple au bout de vingt ans. Il y a aussi des sociétés dites de prévoyance ou de protection mutuelle pour le cas de décès de l'assuré. Elles se ramènent à un type uniforme dont voici les lignes essentielles : répartition des adhérents en groupes, d'après un classement généralement laissé au choix de l'administration; fixation d'une contribution calculée d'après l'âge de l'adhérent au moment de son admission; tant qu'il ne se produit pas de décès au cours d'un exercice, les membres du groupe demeuré intact n'ont à payer que des redevances diverses affectées notamment aux frais de gestion; c'est seulement à chaque décès que les membres du groupe auquel appartenait

l'adhérent versent leur contribution d'âge dont la réunion forme l'indemnité attribuée aux bénéficiaires désignés par le décédé. M. Lefort constate que les assurances populaires sont moins nombreuses en France qu'en Angleterre; il voudrait et souhaiterait que des études sérieuses fussent faites dans la presse et qu'une propagande active fût dirigée au sein de la population laborieuse pour venir à bout de son indifférence. Il estime que c'est sur l'initiative individuelle qu'il faut compter pour triompher de cette indifférence, et rien que sur elle, et que ce serait se payer d'illusions que de se fier à l'intervention du législateur, car l'État n'a rien, selon lui, qui le destine au rôle d'assureur.

Telle est, esquissée à grands traits, la substance de notre étude principale.

Comme annexe, nous allons parler d'abord de la Caisse nationale des retraites pour la vieillesse. Cette institution est régie par la loi du 18 juin 1850, celle du 21 juillet 1856, le décret des 28-30 décembre 1886 et la loi de finance des 26-27 décembre 1890. Elle n'est pas un établissement de charité, mais d'assurances; car elle a pour objet de servir des rentes viagères aux personnes qui lui ont fait des versements. Ceux-ci sont en général périodiques, cependant un versement unique peut être accepté. La Caisse nationale des retraites est gerée par celle des dépôts et consignations avec le concours d'une commission supérieure de surveillance et l'aide des agents financiers de l'État (trésoriers généraux, receveurs particuliers, percepteurs et receveurs des postes) qui sont chargés de recevoir les versements. Ceux-ci sont reçus à partir de 1 franc et au delà et sans fraction de 1 franc. Le montant de la rente viagere à servir est calculé sur les bases de tarifs combinés d'après les chances de mortalité de l'assuré et divers autres éléments. Les rentes accordées sont la représentation intégrale de ce que les fonds déposés ont produit par l'accumulation des intérêts en tenant compte des combinaisons des tarifs précités. Toutefois, le maximum de la rente viagère à servir à la même personne ne peut pas dépasser 1200 francs. L'entrée en jouissance de la pension est fixée, au choix du déposant, à partir de chaque année d'âge accomplie de 50 à 60 ans. L'accès de la Caisse des retraites est ouvert, non seulement aux Français,

mais encore aux étrangers. Le versement peut être fait, soit par le bénéficiaire lui-même, soit par un tiers donateur. Les rentes auxquelles donne droit chaque versement (à l'âge convenu lors du premier versement) sont inscrites sur un livret individuel remis au déposant. La personne qui a déjà fait un versement a cependant la latitude de soumettre les nouveaux versements à des conditions autres que celles fixées pour ses versements antérieurs; mais, en pareille circonstance, il lui est prescrit d'en faire la déclaration, les versements faits avant cette nouvelle déclaration restent soumis aux conditions des déclarations précédentes. Lorsque le versement est effectué par un donateur, il a la faculté de stipuler le retour du capital à son profit ou au profit des ayants-droit du donataire. Il peut également, à toute époque, faire l'abandon du capital, soit pour augmenter la rente du donataire, soit pour se constituer à lui-même une rente si la réserve a été stipulée à son profit. Les arrérages de rentes sont payés trimestriellement les 1er mars, 1er juin, 1er septembre, 1er décembre de chaque année. Conformement à l'art. 2277 du Code civil, les arrérages non perçus se prescrivent par cinq ans; par application des art. 1974 et 1975 du Code civil, les versements effectués au profit d'une personne morte au jour du versement ou atteinte d'une maladie dont elle est morte dans les vingt jours sont remboursés, mais sans intérêt. Il importe de noter qu'une pension de retraite à la charge de l'État peut fort bien se cumuler avec une pension servie par la Caisse nationale des retraites pour la vieillesse, en l'absence de toute disposition prohibitive. C'est ainsi que l'ont decidé les Circulaires des ministres des finances et de l'intérieur en date des 23 et 28 septembre 1893. L'organisation de la Caisse nationale des retraites n'a pas répondu au but en vue duquel elle avait été créée. Constituée pour les classes laborieuses, dans l'intérêt exclusif de ces dernières, elle n'a attiré qu'un nombre infime d'ouvriers, qui ont trouvé, sans nul doute, que cette institution laisse beaucoup trop de côté le présent pour porter son effet sur un avenir lointain. Dans ces conditions, les patrons ont dû, dans leur propre intérêt, se préoccuper de celui de leur personnel.

L'exemple est parti surtout des compagnies de chemins de fer

qui, au moyen d'une retenue sur le salaire de l'ouvrier ou le traitement de l'employé, augmenté d'une large subvention qu'elles allouent, assurent à ceux-ci, après vingt-cinq ans de service et à l'âge de cinquante à cinquante-cinq ans, une retraite de 10 à 15 0/0 du salaire ou du traitement. Les compagnies d'assurence sont entrées dans la même voie pour leurs ouvriers et employés, et, bientôt après elles, tous les établissements industriels de quelque importance. Le législateur lui-même, prenant à son tour en mains la cause des travailleurs, est venu, par une loi du 27 décembre 1895, corriger les inconvénients que faisait naître le fonctionnement des caisses patronales, lorsque le patron tombait en déconfiture ou en faillite : l'art. 4 de cette loi est ainsi conçu : « Les restitutions des retenues ou autres sommes affectées aux institutions de prévoyance et demeurées dans la caisse du patron sont garanties, lors de la faillite ou de la liquidation de ce dernier, pour la dernière annee et ce qui sera dû sur l'année courante, par un privilège sur tous les biens, meubles et immeubles, du chef de l'entreprise, lequel prendra rang concurremment avec le privilège des gens de service établi par l'art 2101 du Code civil ». Malgré tout ce qui a été fait, la situation du salarié parvenu à la vieillesse est encore fort triste. Cependant l'État a fait voter une loi pour organiser l'assistance médicale, et il a été decrété par le parlement que le gouvernement contribuerait jusqu'à concurrence de 50 francs à toute pension annuelle de moins ou de 90 francs au plus constituée par les départements et les communes au profit de toute personne de nationalite française, privée de ressources, incapable de subvenir, par son travail, aux necessités de l'existence et âgés de plus de soixante-dix ans. Les pouvoirs publics ont même créé, pour une certaine catégorie de travailleurs (les ouvriers des mines et les employés occupés à les surveiller), le regime de l'assurance obligatoire, afin de diminuer les pretextes de grèves, si nombreuses dans cette classe du proletariat, en la protégeant contre l'invalidité de la vieillesse.

Aux termes de cette loi, l'exploitant est tenu de verser chaque mois, pour constituer les pensions de retraite de ses ouvriers et employés, une somme égale à 4 0/0 du salaire de ceux-ci, dont

moitié à prélever sur le salaire et moitié à fournir par l'exploitant lui-même. Les versements sont effectués chaque mois par le patron chez les agents de finance de l'Etat, comme pour la Caisse nationale des retraites, et ils sont inscrits ensuite sur un livret individuel au nom du titulaire ouvrier ou employé, dont il devient la propriété. L'emploi des fonds provenant des versements doit être fait en valeurs du trésor ou garanties par le trésor, en obligations départementales ou communales. L'entrée en jouissance de la pension est fixée à cinquante-cinq ans. Elle est liquidée sur les bases des tarifs de la Caisse nationale des retraites pour la vieillesse. Toutefois il y a lieu de remarquer que le législateur a voulu que le bénéfice de la loi ne fût acquis qu'aux ouvriers et employés dont les salaires ou appointements ne seraient pas supérieurs à 2400 francs par an. L'Allemagne est allée beaucoup plus loin que la France dans la voie de l'assurance obligatoire contre l'invalidité de la vieillesse ; elle l'a étendue à tous les ouvriers et employés sans distinction, y compris même les commis et apprentis de commerce qui touchent un salaire ou un traitement ne dépassant pas 2000 marks par année. L'âge auquel commence, pour le travailleur, l'obligation de s'assurer est fixé à seize ans. La rente de vieillesse est donnée à l'assuré qui a atteint l'âge de soixante-dix ans révolus, à condition d'avoir payé ses cotisations pendant trente ans au moins. Elle varie entre 133 francs et 248 francs. La caisse de l'Etat contribue à former la pension par une subvention annuelle au compte de l'empire. Le montant des cotisations est mensuel et payé chez les receveurs des postes qui sont aussi chargés d'acquitter les pensions. Chaque mensualité représente environ 1/12 de la dixième partie du salaire annuel de l'assuré.

Quelle que soit l'opinion que l'on puisse avoir sur ces lois économiques qui ont été portées, soit en France, soit en Allemagne, il est indéniable qu'elles constituent un progrès moral et social, car elles sont une application du principe de solidarité nécessaire aux États pour se former et durer.

Nous ferons remarquer ensuite que les sociétés de secours mutuel sont devenues, depuis la loi du 5 avril 1898, de véritables caisses de retraites, parce qu'elles peuvent servir à leurs membres

âgés de plus de cinquante ans une pension viagère dans les termes et suivant les conditions prévues par les statuts. Nous terminerons en indiquant que, dans ces dernières années, se sont fondées diverses sociétés dites de participation d'épargne, de retraites, de constitution et reconstitution de capitaux. Elles ont pour objet de drainer l'argent du public, avide d'augmenter son aisance; elles doivent être signalées comme autant de pièges imaginés par des fondateurs sans scrupules pour tromper ceux qui ont la faiblesse de croire à leurs mensonges.

L. ZÉGLICKI.

BIBLIOGRAPHIE

Traité théorique et pratique d'assistance publique.

par MM. Derouin, Gory et Worms, avec une préface de M. Berthélemy. Compte-rendu par M. Edmond Seligman, avocat à la Cour d'appel de Paris.

Pour rencontrer une étude d'ensemble sur la matière de l'assistance publique, il faut, si on laisse de côté les grands répertoires de droit administratif comme celui de M. Béquet, remonter jusqu'aux ouvrages publiés en 1839 et 1863 par de Gérando et de Watteville. Le *Traité théorique et pratique d'Assistance publique* que viennent de nous donner MM. Derouin, Gory et Worms a pour objet d'exposer l'état actuel de ce vaste sujet, dans un monument définitif. Il s'adresse à la fois aux établissements publics et privés qui participent aux services de la bienfaisance et aux tribunaux de l'ordre judiciaire et administratif, dans la jurisprudence desquels le contentieux de l'Assistance occupe une place si considérable. Tout particulièrement, ce traité se propose de devenir l'indispensable manuel de la nombreuse serie des fonctionnaires et des candidats attaches à cette branche de l'administration ou qui aspirent à y prendre place.

Les trois auteurs ont condensé dans leur œuvre l'expérience et l'autorité conquises au cours d'une carrière dont la bienfaisance

publique a absorbé la meilleure partie. Au moment où les deux volumes ont paru, M. Derouin était secrétaire général de l'Assistance publique. L'avancement qui l'appelle à un des plus grands postes de l'administration parisienne ne le détournera sûrement pas de ses préoccupations antérieures. M. Gory demeure attaché aux fonctions élevées qu'il exerce à l'inspection de l'Assistance publique. M. Fernand Worms, dans une vie très remplie d'avocat et de jurisconsulte, s'est fait une spécialité de la matière des secours qu'il a pratiquée d'abord au Comité contentieux, puis au Conseil de surveillance de l'avenue Victoria. Avant de composer les quinze cents pages de l'œuvre issue de leur collaboration, les trois savants administrateurs avaient jalonné leur route par une série d'écrits publiés soit isolément, soit en commun Le Congrès international d'Assistance, tenu lors de l'Exposition de 1889 et qui a laissé derrière lui un compte-rendu en deux volumes, précédé d'une bibliographie méthodique pour la France et l'étranger, avait marqué une première étape sur la route parcourue et aujourd'hui achevée par MM. Derouin, Gory et Worms.

De 1889 à 1900, notre législation charitable a reçu des développements considérables, au nombre desquels il faut citer la mise en vigueur de la loi du 24 juillet 1889, sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés, l'application à la charité des ressources du pari mutuel, la grande loi du 15 juillet 1893 sur l'assistance médicale gratuite, une de celles qui honorent le plus le régime actuel, et le décret du 1er février 1896, sur la procédure en matière de libéralités aux établissements charitables.

Un fait plus important encore, bien qu'il ne soit constaté par aucun acte législatif formel, s'est accompli pendant les dernières années. La notion des obligations respectives des citoyens les uns vis-à-vis des autres a évolué. Sous la poussée des principes directeurs des institutions qui nous régissent, sous la pression d'un courant d'idées vraiment démocratique, la société, en faisant son inventaire de fin de siècle, a reconnu que le chapitre de la solidarité n'était pas suffisamment pourvu, et elle tend à donner le caractère d'une dette obligatoire et continue à des devoirs qui n'étaient, jusque-là, considérés que comme des charges faculta-

tives et bénévolement assumées. Mais il ne suffit pas que ces nobles impressions soient traduites éloquemment par la littérature, la presse, le théâtre et l'opinion. Pour éviter que ces revendications ne se transforment en un belier dirigé contre l'état social, il faut qu'elles soient prises en mains par des hommes en état de les faire passer dans la pratique, de concilier ces aspirations généreuses, mais vagues, avec les nécessités effectives du fonctionnement d'un organisme vivant. Allons-nous trouver la trace de ces préoccupations chez MM. Derouin, Gory et Worms et pouvons-nous compter sur leur concours pour favoriser les progrès justement réclamés, en nous défendant contre la dangereuse impatience des utopistes? Dès les premières pages, nous sommes rassurés. C'est d'une main très ferme que, après avoir divisé les clients de la bienfaisance publique en cinq catégories : enfants abandonnés, aliénés, malades, vieillards et infirmes, valides sans travail, nos auteurs tracent le tableau du devoir social.

D'abord, c'est la définition de ce qui constitue le *droit au secours*, droit qui suppose la préexistence de ressources et l'établissement d'une juridiction pour examiner la revendication. L'*obligation de secourir* suppose seulement la présence d'une autorité qui puisse contraindre l'établissement compétent à secourir.

« Il est permis de penser, disent nos auteurs, que dans une société civilisée, sinon le droit au secours, au moins l'obligation de secourir devrait être prescrite par la loi en faveur des enfants abandonnés, des aliénés, des malades, des vieillards et des infirmes. »

La question est plus délicate pour l'indigent valide, que la société ne peut être obligée de secourir si elle n'a pas le pouvoir de le contraindre à travailler, en sorte que ce problème se relie avec celui du travail force et des *workhouses*.

MM. Derouin, Gory et Worms ne s'attardent pas à ces idées générales. Leur façon de faire le bien consiste à agir plutôt qu'à discourir, et quand ils prennent la plume, c'est pour donner à ceux qui marchent derrière eux dans la carrière de la bienfaisance le moyen d'accomplir leurs fonctions avec la sécurité que donne l'exacte connaissance des devoirs et des droits respectifs.

Toute étude spéciale sur une matière administrative comporte, comme première difficulté, l'élaboration d'un plan. Le commentateur doit dégager les principes d'une législation qui n'est pas codifiée et d'une jurisprudence qui affecte parfois une forme un peu sibylline. MM. Derouin, Gory et Worms ont donné à leur sujet une division qui leur est propre et dont il convient de retracer les lignes principales.

Dans une introduction historique, nous apercevons la société civile revendiquant l'exercice de la charité, dont le clergé, au moyen âge, avait assumé la charge et les bénéfices. La monarchie établit les bureaux des pauvres et les hôpitaux généraux. La Révolution s'efforce d'organiser les secours publics. Le régime moderne réglemente les hôpitaux, les hospices, les bureaux de bienfaisance, l'assistance des enfants, le traitement des aliénés et, en dernier lieu, celui des malades à domicile. Ce seront les différents objets qui vont être complètement analysés.

Une première partie, consacrée aux notions générales, définit les attributions de l'État, du département, de la commune et des établissements d'assistance, ainsi que l'aptitude au secours de chaque catégorie d'assistés.

Après avoir mis en présence les parties intéressées, nos trois auteurs étudient les services communaux, c'est-à-dire les hôpitaux et les bureaux de bienfaisance et, tout particulièrement, cette Assistance publique parisienne qu'ils connaissent si bien. Ils passent ensuite aux services départementaux des enfants assistés, des enfants moralement abandonnés et des aliénés. Après avoir commenté la loi de 1893 sur l'assistance médicale gratuite, — c'est une des parties les plus neuves de l'ouvrage, — ils en viennent aux établissements nationaux de bienfaisance, parmi lesquels les maisons si populaires des Quinze-Vingts, des Jeunes Aveugles, des Sourds-Muets, de Charenton et l'hospice, moins facile à approcher, du Mont Genèvre (1).

Une dernière partie est intitulée : *Matières diverses*. C'est là que sont placés les développements consacrés au grave sujet des *Dons et legs*, la partie de la science juridique où la combinaison

(1) L'hospice du Mont Genèvre a été déclassé en 1900.

du droit civil et du droit administratif donne lieu aux théories les plus délicates. Citons tout spécialement l'étude du principe de la *spécialité*, qui a pour conséquence tantôt de faire tomber la libéralité adressée à un établissement incompétent, tantôt d'autoriser un établissement autre que celui qui était désigné à en recueillir le bénéfice. Ici, nous sommes en présence du conflit, toujours renaissant, entre le respect dû à la volonté des morts et les exigences légitimes de l'autorité, qui ne veut pas que les établissements publics soient détournés de l'objet en vue duquel ils ont été dotés de la personnalité morale. Les tribunaux civils, d'abord hésitants, ont fini par s'incliner devant le principe de la spécialité. Mais comme toutes les grandes questions du droit, celles qui naissent de la rencontre de deux intérêts permanents et essentiels, le conflit, réglé sur quelques points, reparaîtra périodiquement, au fur et à mesure du développement nécessaire des institutions.

La matière de l'admission des étrangers au secours, par laquelle se termine le second volume, est au contraire une de celles où la marche en avant de l'esprit de charité et l'amélioration des rapports internationaux pourront apporter les progrès les moins contestables dans une réglementation encore trop empreinte de l'esprit particulariste.

Nous n'aurions pas tracé une esquisse complète du grand ouvrage de MM. Derouin, Gory et Worms si nous ne mentionnions la liste des textes législatifs, la bibliographie, l'index des arrêts et l'index alphabétique, peut-être insuffisamment développé, qui le complètent très utilement. Il convenait aussi de rendre hommage à la sûreté de la documentation, à l'exactitude des notes, des citations et des renvois. MM. Derouin, Gory et Worms, quand ils énoncent un arrêt, prennent soin d'indiquer la place qu'il occupe dans chacun des recueils de jurisprudence. Les praticiens apprécieront l'importance de ce détail et les auteurs comprendront le surcroît de recherches qu'il a imposées. C'est le cas de faire observer que, depuis quelques années, la science du droit emprunte à une de ses voisines un peu de la rigoureuse précision qui a caractérisé les études historiques dans le dernier quart du dix-neuvième siècle. Peut-être même les juris-

consultes ont-ils résisté plus heureusement que les historiens à l'invasion des méthodes allemandes, et en se soumettant à la nécessité d'une stricte exactitude, ont-ils mieux sauvegardé les qualités de clarté et de généralisation qui font partie de notre patrimoine national.

Dans une œuvre aussi vaste et d'une distribution aussi originale, il serait aisé de faire quelques critiques. Sur certains points, on aurait pu distinguer plus nettement le fond du droit de ce qui en est la mise en œuvre et grouper en une théorie générale des idées qui perdent un peu de leur force à être réparties au travers de l'ouvrage entier. Nous aurions aimé voir nos auteurs faire pour d'autres questions l'étude synthétique qu'ils ont heureusement menée à bien pour les dons et legs. Les administrateurs expérimentés que sont MM. Derouin, Gory et Worms nous auraient vivement intéressé en nous parlant davantage de ce qui se fait en dehors de nos frontières. Enfin la bienfaisance privée trouvera un peu mince la place qui lui est accordée. Les auteurs me répondraient sans doute que, pour me donner satisfaction, ils auraient dû s'écarter de leur objet qui était de constituer un instrument, scientifique et pratique, à la disposition des différents services de la bienfaisance publique en France. Sous ce rapport, l'étude est complète et définitive. Les administrateurs qui dispensent, dans notre pays, les secours publics et les tribunaux qui statuent sur leurs intérêts contentieux ne semblent pas pouvoir se trouver en présence d'une question qui ne soit traitée par MM. Derouin, Gory et Worms avec toutes les ressources procurées par l'exacte connaissance du sujet et la mise en œuvre des matériaux qu'il comporte.

EDMOND SELIGMAN.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris — Imp. F. PICHON, 24, rue Soufflot.

E. J. M.

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE FRANÇAISE EN MATIÈRE DE DROIT INTERNATIONAL

(Décisions judiciaires publiées en 1900)

Par M. F. Surville, professeur de Droit international à la Faculté de droit de l'Université de Poitiers.

I. — Nationalité. — Traité franco-sarde du 24 mars 1860. — Effets de l'annexion et du démembrement de territoire.

II. — Action en recherche de paternité. — Ordre public. — Les mêmes règles à ce dernier point de vue doivent-elles être suivies dans la France continentale et dans les pays de protectorat comme la Tunisie, où vivent côte à côte une série de personnes appartenant à des races diverses et notamment des indigènes dont le statut personnel a été respecté?

III. — Testament dicté en une langue différente de la langue française. — Mission du notaire et des témoins.

IV. — Epoux mariés sans contrat. — Donation entre époux. — Droits héréditaires du conjoint survivant.

V. — Exécution des jugements étrangers en France. — Jugement sur des questions d'état et de capacité.

I.

Nationalité. — Traité franco-sarde du 24 mars 1860. — Effets de l'annexion et du démembrement de territoire.

Il n'est peut-être pas sans intérêt de signaler côte à côte un arrêt de la Cour d'appel d'Aix du 2 décembre 1898 (1) et un jugement du tribunal civil de Nice rendu le 7 avril 1900 (2). Ces deux décisions judiciaires mettent en cause les effets de l'annexion de la Savoie et du Comté de Nice à la France. Toutes deux statuent sur des questions de nationalité.

Une personne doit-elle, suivant les cas, être considérée comme

(1) *J. Clunet*, 1900, p. 801.
(2) *J. Clunet*, 1900, p. 790.

née d'un Français ou d'un ex-Français ou bien d'un étranger lui-même né dans notre pays, quand ce parent étranger est né sur un territoire qui depuis a été annexé à la France? Cette personne est-elle, notamment, Française de naissance, par application de l'art. 8 3° C. civ. (réd. de 1893), en la supposant née sur le sol français, par exemple d'une mère née sur le territoire annexé plus tard à la France et mariée à un étranger ne dépendant pas du pays annexé? Telle fut la question qu'eut à trancher la Cour d'Aix, appelée à se prononcer sur la valeur légale d'un arrêté d'expulsion pris contre une femme qui, née dans le département des Alpes-Maritimes d'une mère devenue étrangère par l'effet de son mariage, mais née sur le territoire d'une commune annexée à la France par le traité de Turin du 24 mars 1860, se prétendait Française. La Cour d'appel lui a reconnu cette qualité. « Attendu que A... C... est née le 26 décembre 1882 à la Turbie (Alpes-Maritimes), fille de J... O..., sujet italien et de R... R..., laquelle était née elle-même dans le département des Alpes-Maritimes au chef-lieu de la commune de Peillon, *dont le territoire annexé à la France en 1860 est toujours censé, d'après le droit international, lui avoir appartenu...* »

C'est sur une hypothèse de même nature qu'a statué le jugement du tribunal civil de Nice du 7 avril 1900. « Attendu, lisons-nous dans ce jugement, qu'en imposant la nationalité française aux originaires de l'ancien Comté de Nice, le traité d'annexion de 1860 n'a pas voulu traiter ces originaires comme des étrangers nés à l'étranger et venant d'obtenir des lettres individuelles de naturalisation française, *mais comme des Français nés sur une terre ayant toujours été française; qu'il est de l'essence même des traités d'annexion de produire à cet égard un effet rétroactif...* »

Ces décisions judiciaires me paraissent avoir fait une application fort exacte des principes en matière d'annexion, et spécialement de ceux qui me semblent avoir été consacrés par le traité franco-sarde de 1860. Les individus atteints par le démembrement en plus ou moins grand nombre, selon que le traité ne vise que les domiciliés ou englobe, comme le traité de Turin, tout à la fois les originaires et les domiciliés, ne perdent leur nationalité

qu'accessoirement, comme conséquence de la séparation territoriale qui soumet à une souveraineté différente le sol auquel ils sont attachés. Mais comme il serait injuste au premier chef, — puisque ce serait méconnaître le principe de la liberté individuelle, — d'attribuer définitivement et malgré eux la qualité de citoyen ou de sujet de l'État annexant aux personnes qui sollicitent qu'on leur conserve leur ancienne patrie, il est depuis longtemps passé dans les usages internationaux de permettre à ceux qu sont compris dans les termes du traité d'user d'un droit d'option pour leur nationalité antérieure. L'art. 6 du traité franco-sarde s'est conformé à ce principe. Il est ainsi conçu : « Les sujets sardes originaires de la Savoie et du Comté de Nice, ou domiciliés actuellement dans ces provinces, qui entendront conserver leur nationalité sarde, jouiront pendant l'espace d'un an à partir de l'échange des ratifications..., et moyennant une déclaration préalable faite à l'autorité compétente..., de la faculté de transporter leur domicile en Italie et de s'y fixer, auquel cas leur qualité de citoyen sarde leur sera maintenue. »

Eh bien! comment doit-on envisager l'option ainsi réservée? Doit-on la considérer comme une condition résolutoire ou comme une condition suspensive de la nationalité acquise par l'effet de l'annexion? On a soutenu que, d'après l'art. 6 du traité de 1860 précité, l'expression « conserver leur nationalité sarde » impliquait, — puisque l'on ne saurait conserver une chose que si on la possède encore, — que, provisoirement et pendant les délais de l'option, les individus visés par le traité comme devant subir le changement de patrie, ne se voyaient pas dépouillés de leur nationalité primitive. Ce point de vue ne me paraît pas exact. La vérité est que le changement de patrie, puisqu'il est une conséquence de l'annexion d'un territoire à un nouvel État, s'est, par contre-coup, produit aussitôt, dès le jour de cette annexion, et que les personnes atteintes par le traité sont devenues *ipso facto* des sujets du pays cessionnaire ou annexant, sous la condition résolutoire de leur option régulièrement faite dans les délais impartis, s'ils entendent revendiquer leur ancienne nationalité. Puis, à cette condition résolutoire correspond naturellement une condition suspensive inverse dont la rétroactivité, si elle s'accom-

plit, explique très bien le sens de l'expression dont s'est servi l'art. 6 du traité de 1860 et qu'on a tenté d'opposer à la manière de voir qui me paraît la plus juridique (1).

De la thèse que je viens d'esquisser, il résulte notamment que, une fois que les délais accordés pour l'option sont écoulés, la qualité de sujet ou de citoyen de l'État annexant se trouve consolidée chez ceux qui n'ont point usé de cette option pour réclamer la nationalité du pays cédant ou démembré. Ils sont devenus des sujets ou citoyens de ce pays au même titre et dans les mêmes conditions que ceux des provinces qui constituaient son territoire avant l'extension que lui a procurée le traité d'annexion. C'est donc à juste titre que le tribunal de Nice, dans les motifs de la décision ci-dessus relatée, a proclamé Françaises les personnes nées dans les pays annexés avant l'annexion de ces pays à la France, alors que celles-ci n'avaient pas répudié, dans les conditions portées au traité de 1860, la nationalité qu'elles avaient *ipso facto* acquise au moment de l'annexion. La Cour d'appel d'Aix, tout en adoptant la même thèse, ne l'a pas exposée d'une manière aussi large dans les motifs de son arrêt. Elle s'est bornée à reconnaître que la femme née dans un pays plus tard annexé à la France et qui s'est mariée à un étranger ne dépendant pas de ce pays, doit, comme conséquence de l'effet rétroactif du traité d'annexion portant dénationalisation des originaires, être considérée comme une étrangère née en France. Ses enfants nés plus tard dans ce pays peuvent donc invoquer l'art. 8-3° C. civ. qui confère la qualité de Français à tout individu né en France de parents étrangers dont l'un y est lui-même né.

Quoi qu'il en soit, si le pays annexé doit être traité comme ayant toujours appartenu à l'État cessionnaire ou annexant, il est rationnel que la population qui en dépend et est englobée dans les termes de la Convention diplomatique, doive être, à défaut d'options qui en restreignent la quotité, envisagée comme ayant toujours eu la nationalité de ce pays. Cet effet rétroactif au sujet de la nationalité des personnes qui dépendent du pays annexé est indispensable, afin, comme le fait observer le tribunal de Nice,

(1) V. Selosse, *Traité de l'annexion au territoire français et de son démembrement*, p. 347 et suiv.

qu'il n'y ait aucune différence au point de vue des avantages pouvant résulter du fait de la naissance en France, entre les Français nés dans la Savoie et le Comté de Nice avant 1860 et ceux qui y sont nés après cette époque.

En sens inverse, si nous nous plaçons non plus au point de vue du pays annexant, mais du pays démembré, nous devons logiquement reconnaître que ceux qui sont nés sur les territoires depuis séparés ne sauraient, une fois les délais de l'option expirés, se prévaloir de leur ancienne nationalité. Ils sont devenus étrangers par rapport à leur ancienne patrie et ne peuvent plus désormais recouvrer la nationalité que leur a fait perdre le démembrement qu'en se faisant naturaliser. Toutefois on conçoit que cette solution, qui nous paraît en droit la plus exacte, ait, sous l'empire d'un sentiment des plus louables, trouvé des contradicteurs dans le pays démembré. C'est ainsi qu'à la suite de la guerre franco-allemande de 1870, on a prétendu que les Alsaciens-Lorrains qui n'avaient pas opté dans le délai voulu, pourraient recouvrer la nationalité française, plus facilement que par une naturalisation ordinaire, en invoquant les règles écrites dans l'art. 18 C. civ., qui permettent aux ex-Français de recouvrer avec facilité leur ancienne patrie. Cet art 18, a-t-on fait remarquer, est un texte dont les termes sont généraux. Et cette généralité devient un argument d'un grand poids, si l'on se réfère aux travaux préparatoires du Code civil qui l'expliquent. Le texte projeté s'exprimait ainsi : « Le Français qui aura abdiqué la qualité de Français peut toujours la recouvrer. » Or, le mot « abdiqué » fut jugé trop étroit. S'il eût été conservé, on aurait dû n'appliquer la règle favorable que l'on entendait édicter au profit des ex-Français en les traitant en enfants prodigues dont on encourage le retour, qu'à ceux qui auraient volontairement renoncé à leur qualité de Français. C'est pour cela qu'au mot « abdiqué », on substitua dans le texte définitivement accepté l'expression « perdu », qui a été reproduite par le législateur de 1889 et dont la portée est plus compréhensive. Les vicissitudes de la rédaction de l'art. 18 C. civ. ne sont-elles pas un indice certain que la volonté du législateur a été de rejeter, en notre matière, toute distinction que l'on aurait la tentation d'induire de la nature du

fait qui a fait perdre à un Français sa qualité de national (1)?

Cette thèse qui contredit les effets rétroactifs de l'annexion manque, à mon avis, de base solide, à moins, bien entendu, de pouvoir invoquer à son appui le texte d'un traité. Il convient, en effet, d'interpréter l'art. 18 C. civ. *secundum subjectam materiam*. Ce texte n'entend viser que les causes de perte de la qualité de Français qui sont prévues et réglementées au Code civil. Or ce Code ne s'occupe pas de la perte de la nationalité en tant qu'elle peut être la conséquence d'un démembrement de territoire. C'est donc, à mes yeux, abuser de l'art. 18 C. civ. que de le transporter du domaine du droit privé, dans celui du droit international public.

On a essayé, par un autre procédé encore, de justifier la différence entre l'effet rétroactif de l'annexion à la France et les conséquences du démembrement du territoire français. Ecoutons ici les magistrats rédacteurs du jugement du tribunal de Nice du 7 avril 1900. « Attendu, nous disent-ils, que s'il a été jugé par un arrêt de la Cour de cassation du 25 février 1890 (2) que dans le cas, non pas d'annexion à la France, mais au contraire de démembrement de la France, les individus nés sur le territoire séparé alors qu'il était encore français, devaient conserver la situation d'individus nés en France, cette décision a été prise sur la simple constatation du fait matériel et sans examen du principe de rétroactivité, ainsi que l'arrêt le déclare expressément; que ces décisions prises au cas de territoires séparés de la France, ne sauraient d'ailleurs s'appliquer au cas de territoire annexé, *parce qu'au point de vue de la loi française, la reconnaissance de la qualité de Français de naissance est un bienfait dont il convient de faire profiter aussi bien les individus nés sur le territoire démembré de la France, sans se préoccuper du principe de rétroactivité, que les individus nés sur le territoire annexé, par application de ce principe...* »

(1) V. Cabouat, *Des annexions de territoire* (*Th. Doct.*), p. 215 et suiv.; Rapp. Lyon-Caen, note S. 1871. 2. 121 et Nancy, 10 juin 1871, S. 1871. 2. 121; J. Vesoul, 19 juill. 1871, S. 1871, 2. 185. — V. égal. et cpr. Cass. 25 fév. 1890, S. 1891. 1. 7.

(2) S. 1891. 1. 7.

Il est aisé de reconnaître ainsi une doctrine qui n'hésite point à sacrifier les principes rigoureux de la logique juridique dès qu'ils conduiraient, dans leur application, à froisser l'intérêt des nationaux.

Ne décide-t-on pas communément, par exemple, à l'occasion de la fixation de la nationalité d'origine, que, lorsque des père et mère étrangers au moment de la conception de l'enfant sont devenus Français à l'époque de la naissance, cet enfant doit naître Français, tout comme on admet qu'il a cette qualité dans le cas où ses parents sont devenus étrangers au temps de la naissance, alors qu'ils etaient Français à l'époque de la conception?

N'est-ce pas toujours la même idée qui a inspiré le législateur de 1889 quand, dans la loi du 26 juin sur la nationalité, après avoir décidé que les enfants mineurs d'un chef de famille étranger naturalisé en France prendront la nationalité nouvelle de leur père, il conserve à ces enfants la nationalité française malgré la naturalisation de leur père en pays étranger?

De même, si l'on imagine qu'un étranger appartienne à un pays dont la législation recule l'âge de la majorité au delà de vingt et un ans et que cet étranger, âgé de plus de vingt et un ans, mais encore mineur d'après sa loi personnelle, contracte une obligation chez nous envers un Français, n'admet-on pas volontiers, tant en doctrine (1) qu'en jurisprudence, qu'il ne faut point appliquer la loi personnelle de l'etranger toutes les fois que cette application serait de nature à causer préjudice à un Français qui aurait contracté avec lui de bonne foi, qui n'aurait pas agi avec légèreté ou imprudence? Et nous rencontrons des solutions de ce genre données par les tribunaux aussi bien à l'occasion de l'état des personnes (2) qu'en matière de capacité (3).

(1) V. Valette sur Proudhon, t. I, p. 83 et suiv.; Aubry et Rau, *Cours de Code civil*, t. I, § 31, p. 143 et suiv.; Demolombe, *Cours de Code civil*, t. I, n° 102; de Vareilles-Sommières, *Synthèse du Dr. int. pr.*, t. II, nos 869 et suiv., p. 145 et suiv.

(2) V. Orléans, 17 mai 1856, D. 1856. 2. 154; Cass. 23 nov. 1857, D. 1857. 1. 423, Bourges, 26 mai 1858, D. 1858. 2. 178; Rapp. Rouen, 5 janvier 1887, *J. Clunet*, 1887, p. 183.

(3) V. Cass. 16 janv. 1861, D. 1861. 1. 193, J. Seine, 1er juill. 1886,

Que l'on admette la première des trois solutions ci-dessus indiquées : cela se conçoit et peut se baser suffisamment sur la vieille et traditionnelle maxime : *Infans conceptus pro nato habetur quoties de ejus commodis agitur*, — maxime dont on trouve une application des plus nettes dans l'art. 725 C. civ. Je m'associe donc volontiers à la thèse qui, pour la détermination de la nationalité d'origine, fait état de cette considération, à savoir que, à nos yeux, Français, il est préférable de naître Français plutôt qu'étranger.

Mais, poussée plus loin, la thèse qui, se basant sur l'intérêt d'un national, fait, même dans des cas où ni la loi ni la tradition historique ne conduisent à ce résultat, fléchir les principes du droit dans leurs conséquences rationnellement déduites, me semble arbitraire. Dans l'hypothèse spéciale de l'annexion et des démembrements de territoire, il me paraît bien difficile, sinon impossible, de justifier juridiquement une solution qui, tout en reconnaissant l'effet collectif et rétroactif des traités qui portent annexion de territoire à un pays, dénie un effet de même nature en sens inverse aux traités qui, muets sur le point qui nous occupe, font subir un démembrement au même pays (1).

II.

Action en recherche de paternité. — Ordre public. — Les mêmes règles à ce dernier point de vue doivent-elles être suivies dans la France continentale et dans les pays de protectorat, comme la Tunisie, où vivent côte à côte une série de personnes appartenant à des races diverses, et notamment des indigènes dont le statut personnel a été respecté?

Le tribunal civil de Tunis, dans un jugement des mieux motivés à mon avis, en date du 27 décembre 1897 (2), a été amené à se prononcer sur la valeur d'une action en recherche de paternité dirigée par la mère d'un enfant, appartenant ainsi que ce dernier (art. 8 C. civ. réd. de 1889) à la nationalité française,

J. Clunet, 1887. p. 178, Paris, 20 mars 1890, D. 1892. 2. 79; Paris, 16 décembre 1898, *J. Clunet*, 1899, p. 364.

(1) Rapp. et cpr. R. Hubert, *la Loi*, 5 mai 1900.

(2) D. 1900. 2. 107.

contre un individu de nationalité anglo-maltaise dont la loi personnelle admet la recherche de la paternité.

Au lieu de supposer que la question de recherche de paternité se soit élevée devant le tribunal tunisien, imaginons, pour un instant, qu'elle se soit présentée devant un tribunal de la France continentale. Elle aurait mis en jeu l'application de l'art. 340 de notre Code civil, qui prohibe en principe la recherche de la paternité. Par cette prohibition, les rédacteurs de l'art. 340 ont entendu, non seulement rejeter l'admissibilité d'une preuve qui leur a semblé si difficile à fournir qu'elle n'aboutirait jamais qu'à une solution discutable, mais encore couper court à des procès causant du scandale et protéger la tranquillité des familles contre des abus dont le souvenir était encore récent au moment où le Code civil a été rédigé. En somme, l'art. 340 du Code civil s'offre à nous sous un double aspect. Il édicte une disposition qui dépend du statut personnel puisqu'elle a trait à l'état des personnes et qui, en outre, est intimement unie à l'ordre public en France. Envisagée à ce dernier point de vue, la règle prohibitive posée par l'art. 340 aboutit à faire rejeter par nos tribunaux l'action en recherche de paternité, quand même elle serait intentée contre un étranger dont la loi personnelle l'autorise, sans qu'il y ait à distinguer selon que le demandeur est étranger ou Français. D'autre part, puisque les règles constitutives du statut personnel accompagnent les Français en pays étranger, l'un d'eux contre lequel une juridiction étrangère aurait admis une action en recherche de paternité, pourrait faire considérer comme non avenue en France la sentence rendue par cette juridiction du dehors. Mais l'art. 340 ne saurait, au contraire, être invoqué devant les tribunaux français si le débat en recherche de paternité, agité dans un pays étranger entre des plaideurs étrangers dont la loi nationale autorise de semblables actions, avait abouti à la constatation de la paternité de l'un d'eux. L'ordre public en France ne s'oppose, en effet, en aucune manière, — du moins s'il ne s'agit point de la constatation d'une filiation adultérine ou incestueuse, — à ce que ce dernier y soit investi de la qualité de père naturel de l'enfant. Telles sont les solutions auxquelles conduit, à mon avis, le caractère juridique de l'art. 340 de

notre Code civil, si l'on envisage ce texte au point de vue international et si la question de recherche de paternité est soumise à l'examen d'une juridiction de la France continentale. On peut dire, d'ailleurs, que cette thèse se dégage des solutions données par nos tribunaux.

Transportons-nous désormais en Tunisie. Ce qui serait dans la France continentale une question d'ordre public, en est-il nécessairement une dans ce pays de *protectorat?* C'est à ce point de vue surtout que le jugement du tribunal civil de Tunis précité offre de l'intérêt. Les lois et les traités qui ont établi le protectorat français en Tunisie n'ont pas, remarquent à très juste titre les magistrats du tribunal civil de Tunis, entièrement assimilé ce pays au territoire de la France, et la notion d'ordre public, notamment, ne saurait être la même dans les deux régions. C'est ainsi que le statut personnel des indigènes y a été respecté. Les musulmans et les israélites peuvent en Tunisie pratiquer la polygamie, alors que, au premier chef, cette dernière se heurte en France à l'ordre public. De même, bien que le régime des capitulations ait disparu de la Régence depuis 1883 et 1896, si bien que les étrangers sont devenus justiciables des juridictions françaises, ce changement de juridiction n'a pas entraîné pour eux et ne pouvait pas entraîner un changement correspondant de législation. Les tribunaux français doivent continuer à appliquer aux étrangers ressortissant de nationalités diverses les lois sous lesquelles ils vivent, en rendant des sentences analogues à celles qui auraient été prononcées par les juridictions consulaires dont ils furent autrefois les justiciables. Si, avant l'abolition des capitulations, une recherche de paternité avait été agitée, devant un tribunal consulaire, entre des nationaux anglo-maltais, dont la loi personnelle admet cette recherche, elle aurait été accueillie. Pourquoi ne le serait-elle pas par la juridiction française? Tandis que l'ordre public en France a des limites, — assez indécises sans doute, — mais plus restreintes, n'est-il pas nécessairement moins exigeant dans un pays de protectorat, comme la Tunisie, où vivent côte à côte des races si différentes, parvenues à des degrés divers de civilisation, alors que le système du protectorat établi a cru devoir respecter, même chez les indigènes, le caractère mul-

tiple et varié de lois dont l'application ne serait pas tolérée sur l'étendue du territoire de l'Etat protecteur ou métropolitain? La statut personnel des étrangers ne saurait, aux yeux du tribunal de Tunis, contrarier l'ordre public dans un pays soumis au protectorat français dans des conditions semblables ou analogues à celles où l'est la Regence, que s'il tolère des institutions, comme la traite des esclaves ou les sacrifices humains, qui sont des crimes contre la morale la plus rudimentaire et contre l'humanité. Aucune nation européenne ne saurait en tolérer la perpétration dans un pays soumis à sa protection. Telle est la thèse très plausible développee dans le jugement du tribunal civil de Tunis du 27 décembre 1897.

Aussi, la recherche de la paternité étant loin d'être interdite dans tous les pays civilisés, mais étant, tout au contraire, admise dans un bon nombre d'entre eux, aucune règle ne s'oppose à ce qu'une semblable recherche, qui serait paralysée dans la France continentale, puisse, les conditions du *protectorat* n'y mettant pas obstacle, aboutir, dans la Regence de Tunis, devant les tribunaux français, si ces plaideurs sont soumis à une loi nationale qui l'autorise.

Est-ce à dire que, dans l'espèce du jugement de 1897, cette recherche devait être accueillie, alors qu'elle était poursuivie contre un Anglo-Maltais par une femme française dont l'enfant était également Français (Art. 8 C. civ. réd. de 1889)? Non car la femme et son enfant obeissaient à un statut personnel qui leur interdisait de rechercher la prétendue paternité du defendeur. Aussi bien, étant données les circonstances de la cause, la mère de l'enfant naturel ne pouvait-elle pas non plus même demander des dommages et interêts basés sur une séduction accompagnée de manœuvres dolosives.

III.

Testament dicté en une langue différente de la langue française. — Mission du notaire et des témoins.

Un notaire de la Bretagne reçut, en présence de quatre témoins, le testament d'une femme bretonne en le libellant de la

manière suivante : « Je donne et lègue, etc... Ce testament a été ainsi dicté par la testatrice audit Me X..., notaire, qui l'a écrit en entier, de sa main, tel qu'il lui a été dicté et qu'il l'a lu à ladite testatrice, qui a déclaré le bien comprendre et persévérer dans toutes ses dispositions, le tout en présence des quatre témoins... » Après le décès de la testatrice, un procès s'éleva sur la validité de ce testament devant le tribunal civil de Quimper (1). On allégua que la testatrice n'avait pas pu dicter le testament en français, mais avait dû le dicter dans l'idiome breton qu'elle connaissait seul. On prétendit en outre que, parmi les quatre témoins, il s'en trouvait deux qui ne comprenaient point le français.

Ce procès soulevait ainsi deux importantes questions : l'une sur la mission du notaire à qui l'on dicte un testament en se servant d'un idiome étranger, — car le parler breton n'est pas seulement un patois, mais une véritable langue distincte de la langue française, — l'autre sur le rôle exact qu'il convient d'assigner aux témoins testamentaires.

Voici donc un testament qui est, supposons-le, dicté en une langue étrangère : que doit faire le notaire?

Ecartons, tout d'abord, une difficulté qui ne s'est point présentée dans l'espèce soumise au tribunal de Quimper. Qu'arriverait-il si on était dans l'impossibilité de trouver un notaire comprenant l'idiome parlé par le testateur? Celui-ci va-t-il être privé de la jouissance du droit de tester en France en la forme authentique? Quelques décisions judiciaires ont admis qu'en une semblable hypothèse, il serait alors possible au disposant de se servir d'un interprète de son choix et de dicter ainsi, par son intermédiaire, ses volontés suprêmes au notaire (2). Certes, cette solution est fort équitable (3). Malheureusement elle se heurte,

(1) V. J. Quimper, 14 mars 1900, *J. Clunet*, 1900, p. 805.

(2) Metz, 21 août 1823 et 19 nov. 1828, S. chr.; Cour de Saint-Louis du Sénégal, 26 juill. 1876, S. 1879. 2. 73.

(3) Nous la trouvons consacrée dans l'art. 2244 du Code civil allemand de 1900 ainsi conçu : « Lorsque le testateur déclare qu'il ne sait pas la langue allemande, on doit appeler à la confection du testament un interprète assermenté... Le procès-verbal doit être traduit dans la langue dans

à mon avis, à la disposition de l'art. 972 C. civ., dont les exigences ne sont pas obéies. Je crois donc que, dans le cas ci-dessus indiqué, le testament devant notaire est impossible à l'étranger en France (1).

Quoi qu'il en soit, dans le procès soumis aux délibérations des magistrats du tribunal civil de Quimper, cette difficulté ne se présentait point, et, à supposer qu'il lui fût dicté en langue bretonne, le notaire était à même de comprendre cette langue. Comment devait-il procéder? Si l'on se réfère au décret du 2 thermidor an II et à l'arrêté des consuls du 24 prairial an XI, on constate qu'ils veulent que les actes publics soient rédigés en français, sauf à faire à mi-marge une traduction dans l'idiome dont se sont servi les parties, si elles le requièrent. En appliquant ces documents au testament authentique, nous sommes conduits à dire que le notaire, après avoir libellé en français l'intitulé de ce testament, doit, au fur et à mesure qu'il lui est dicté en langue étrangère par le disposant, en faire une traduction mentale en français, traduction qui constituera le corps principal de l'acte. Puis, à mi-marge, il reproduit le contenu de cet acte dans l'idiome du testateur (V. Circulaire du grand juge du 4 thermidor an XII) (2). Mais une très grave objection peut être adressée à cette manière de procéder. On peut remarquer que le décret du 2 thermidor an II et l'arrêté consulaire du 24 prairial an XI ne sont pas sanctionnés par la nullité, tandis qu'il en est autrement, aux termes de l'art. 1001 C. civ., pour les formalités auxquelles les divers testaments sont assujettis d'après les art. 967, s. du même Code. Or, il résulte de l'art. 972 que le testament en la forme publique doit être écrit par le notaire rédacteur tel qu'il lui est *dicté* par le disposant. Donc, si le notaire qui comprend

laquelle le testateur s'exprime. La traduction doit être faite ou certifiée et lue par l'interprète; elle doit être jointe comme annexe au procès-verbal. Celui-ci doit contenir la déclaration du testateur qu'il ne sait pas la langue allemande, ainsi que le nom de l'interprète et la constatation que l'interprète a fait ou certifié la traduction, et qu'il en a donné lecture. L'interprète doit signer le procès-verbal. »

(1) V. en ce sens, Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donations entre-vifs et testaments*, II, n° 2029.

(2) V. et rapp. Cass. 3 août 1891, *J. Clunet*, 1892, p. 234, D. 1893. 1. 31.

l'idiome parlé par le testateur, entend obéir strictement à la lettre de l'art. 972, il doit, après avoir formulé en français le préambule du testament, écrire le corps de l'acte dans la langue même où il lui est dicté. Il en fait après cela, à mi-marge, — constituant une sorte d'annexe à l'acte principal, — une traduction en français (1). Dans les motifs de son jugement du 14 mars 1900, le tribunal de Quimper signale, côte à côte, les deux thèses sans prendre parti contre l'une d'elles, et en les présentant comme susceptibles d'être suivies, l'une ou l'autre, au gré de l'officier ministériel.

En tout cas, dans l'espèce soumise au tribunal de Quimper, le corps de l'acte testamentaire avait été libellé en français. Le notaire constatait qu'il lui avait été ainsi dicté et qu'il l'avait lu au disposant, lequel avait déclaré le bien comprendre et persister dans ses dispositions. Il n'y avait point, à mi-marge de l'acte, de traduction en langage breton. Ces faits étant donnés, c'est à juste titre que le tribunal a décidé que, puisque rien dans l'acte ne révélait que le disposant n'entendît point la langue française et ne parlât que le breton, il y avait présomption que c'était en français que le testament avait été dicté à l'officier ministériel qui l'avait reçu. Les parties qui soutiennent le contraire s'attaquent dès lors directement à une affirmation de cet officier public, et se voient dans la nécessité, pour la contester, de recourir à la voie de l'inscription de faux.

Nous venons de parler ainsi du rôle du notaire. Passons désormais à celui des témoins. Là encore nous rencontrons des difficultés. D'après un arrêt de la Cour de cassation belge du 5 mai 1887 (2), la présence des témoins testamentaires n'aurait point d'autre but que d'éviter la captation et d'établir qu'il n'y en a pas eu. Dans cette doctrine, les témoins, pour s'acquitter de cette simple mission, n'auraient évidemment pas besoin de connaître ni de comprendre l'idiome dans lequel s'est exprimé le disposant. Il ne me paraît pas possible de me ranger à cette

(1) V. Cass. 12 août 1868, S. 1868, 1, 405. — V. égal. Colin, *J. Clunet*, 1897, p. 930.

(2) S. 1888. 4. 9, D. 1888. 2. 120. — Rapp. Nancy, 28 juillet 1817 et Cass. 14 juill. 1818, S. chr.

manière de voir, et j'estime que la mission des témoins, dans notre hypothèse, est plus étendue. Sans doute, la présence des témoins est une garantie légale contre les captations; mais, en outre, puisqu'il doit être donné lecture du testament au disposant en présence des témoins qui le doivent signer (art. 972, al. 3 et 974 C. civ.), c'est apparemment afin que ces témoins puissent contrôler sa conformité avec ce qui a été dicté à l'officier ministériel. Aussi bien peut-on invoquer encore, à l'appui de cette solution, le rapport fait au Tribunat par Favard sur la loi du 25 ventôse an XI, concernant le notariat. Favard, après avoir constaté que la présence à l'acte notarié de deux témoins constitue une garantie contre la fraude, ajoute que ces témoins participent en quelque sorte aux fonctions du notaire, puisqu'ils concourent à la réception de l'acte. S'il en était autrement, le but de la loi serait en partie manqué. Il me paraît donc nécessaire, ainsi d'ailleurs que cela résulte des motifs du jugement du tribunal de Quimper précité (1), que les témoins testamentaires comprennent l'idiome dont se sert le testateur. Si l'un d'eux ne le connaît pas, le testament me semble devoir être nul par application de l'art. 1001 C. civ.

Mais, en supposant qu'il soit contesté que l'un ou plusieurs des témoins aient compris l'idiome étranger employé par le disposant, les intéressés, pour prouver leur dire à cet égard, devront-ils avoir recours à la voie de l'inscription de faux? Le tribunal de Quimper admet, à juste titre à mon sens, que cela n'est point nécessaire. L'inexactitude sur ce point de l'énonciation d'un testament ne contient qu'une appréciation de fait personnelle de la part du notaire. L'énonciation de cette appréciation ne participe point à la force authentique du testament. Elle peut être, par conséquent, combattue par la preuve contraire.

A tous ces points de vue, le jugement du tribunal de Quimper me paraît bien rendu. Je me demande seulement si ce tribunal n'est pas allé peut-être un peu loin quand, dans les motifs de son jugement du 14 mars 1900, il indique que les témoins instrumen-

(1) V. égal. Rennes, 8 janv. 1884, S. 1885. 2. 214, D. 1885. 2. 96. — Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donations et testaments*, II, n° 2032.

taires d'un testament par acte public doivent comprendre, non seulement la langue dans laquelle le disposant a dicté ses volontés, mais encore celle dans laquelle le notaire les a traduites. Pourquoi ne suffirait-il pas, pour satisfaire aux exigences de la loi, que les témoins comprissent la langue étrangère dont s'est servi le testateur? C'est, à mon avis, dans cette langue que doit être exprimé le corps même du testament, son contexte primordial. Quant à la traduction française faite à mi-marge, elle n'est, à mes yeux, qu'une annexe de l'acte principal, sans atteindre à son degré de force probante (1).

IV.

Epoux mariés sans contrat. — Donation entre époux. — Droits héréditaires du conjoint survivant.

Deux Anglo-Maltais contractent mariage en France devant un officier de l'état civil français, sans avoir, au préalable, fait dresser de contrat de mariage. Ils sont établis en France au moment de leur union, et il résulte des faits et circonstances qu'ils avaient à cette époque, et qu'ils ont conservé depuis, l'intention de fixer dans notre pays le centre principal de leurs intérêts, leur domicile matrimonial. Au cours du mariage, la femme fit une donation à son mari, puis la révoqua. Le mari allégua que cette révocation était nulle, parce que, dans l'espèce, il n'était pas juridique d'appliquer l'art. 1096 du Code civil français, mais il fallait se référer à la loi maltaise d'après laquelle les donations entre époux sont irrévocables. Enfin, après le décès de sa femme, le mari se prévalait de la loi française du 9 mars 1891 (art. 767 C. civ.) et réclamait, à titre d'héritier, l'usufruit

(1) Rapp. l'art. 2245 du Code civil allemand. Ce texte s'exprime ainsi : « Si toutes les parties participantes assurent savoir la langue dans laquelle s'exprime le disposant, l'intervention d'un interprète n'est pas requise. A défaut d'intervention d'un interprète, le procès-verbal doit être rédigé dans la langue étrangère employée et contenir la déclaration du testateur qu'il ne sait pas l'allemand, ainsi que l'assurance des personnes participantes qu'elles savent la langue étrangère employée. Une traduction en allemand est jointe comme annexe. »

du quart de la succession de son conjoint. Tels sont les faits caractéristiques d'un procès soumis à la Cour d'Alger, qui, le 2 mai 1898 (1), rendit un arrêt dont les motifs surtout me semblent sujets à critique,

En définitive, la Cour avait à répondre à trois questions. La première était celle de savoir à quel régime matrimonial les époux étrangers mariés sans contrat étaient soumis. La seconde mettait en jeu la validité de la donation entre époux et du droit de révocation dont avait usé la femme, conformément à l'art. 1096 du Code civil français. Quant à la troisième, elle mettait en cause la loi du 9 mars 1891 qui règle la succession du conjoint survivant. Ce dernier, s'il est étranger, peut-il se prévaloir de la loi française, et, si oui, dans quelle mesure peut-il l'invoquer?

Sur le premier point, l'arrêt de la Cour d'Alger n'a fait que se conformer à la solution qui, critiquée par certains jurisconsultes, est acceptée le plus volontiers par nos tribunaux. Au lieu, comme le voudraient quelques-uns, d'ériger au rang de véritable présomption légale, l'idee que les conjoints ont, à défaut de contrat de mariage, dû entendre forcément se réferer à la loi de leur domicile matrimonial pour fixer le régime de leurs biens, ou, comme d'autres le désireraient, de faire de ce régime une dépendance du statut personnel et de lui appliquer la loi nationale du mari, la Cour, pour le déterminer, repondant à l'invitation des art 1134 et 1387 de notre Code civil, ne tient compte que d'un seul élément : la volonté des parties. Sur ce premier point, l'arrêt du 2 août 1898 me semble à l'abri de tout reproche. Je ne reviendrai point, à ce sujet, sur une théorie dont j'ai déjà eu l'occasion de parler dans cette Revue (2).

La solution donnée par la Cour d'Alger sur le second point me paraît, au contraire, quelque peu obscure et ne pas s'harmoniser très bien avec les principes du droit international privé tels qu'ils sont communément acceptés. Pour répondre à la question de savoir si la donation entre époux était ou non valable, et de quelle loi le donataire, dans l'espèce, pouvait se prévaloir pour conclure

(1) S. 1900. 2. 257.

(2) V. *Revue critique*, 1897, p. 220 et suiv.; Rapp. Audinet, note Sirey, 1900. 2. 257 et suiv.

à cette validité, la Cour d'Alger émet une thèse où des idées peu conciliables entre elles sont mises en avant. La Cour observe, d'abord, que la « donation entre époux constitue une transmission de biens contractuelle régie par la volonté des parties et soumise à la loi du pays où ce contrat doit recevoir son exécution ». Elle ajoute que « les époux ont entendu soumettre à la loi française les conditions civiles de leur union, et que leur intention formelle a été d'adopter les dispositions de cette loi relativement aux donations contractuelles qu'ils se sont faites mutuellement ». Plus loin, la Cour se place sur un autre terrain. Elle fait remarquer qu'il n'y avait point, dans l'hypothèse, à faire intervenir la règle *Locus regit actum*, mais qu'il s'agit « d'une question de fond, relative à une incapacité de donner ».

Que la donation entre époux, constituant un contrat, soit soumise à la loi que les parties ont choisie, cela, — en tant du moins qu'il s'agit d'apprécier ses effets et ses conditions de validité, abstraction faite du point de savoir si les parties étaient capables de se consentir une libéralité, — je l'admets. Ce n'est qu'une application particulière de la règle générale applicable à tous les contrats Toutefois, déjà, la Cour d'Alger, en désignant comme loi appelée à gouverner la donation entre époux, la loi du pays de son exécution me semble poser une règle un peu absolue. Cette règle, dont Savigny (1) fut un partisan, n'est pas d'ordinaire acceptée par nos tribunaux. Ceux-ci préfèrent appliquer au contrat la loi du pays où il s'est formé (2). Et puis, si l'on observe que, dans notre hypothèse, le contrat de donation avait été passé entre deux personnes appartenant à la nationalité anglo-maltaise, n'était-il pas logique d'interpréter leur volonté en disant qu'elles ont dû entendre se référer à leur loi nationale commune?

Mais ce n'est pas tout, et l'arrêt de la Cour d'Alger, le premier, à ma connaissance du moins, qui ait émis l'idée avec cette netteté, ne commet-il point une confusion lorsqu'il prétend que, par cela même que des époux étrangers se sont soumis à un régime matrimonial français, ils ont entendu soumettre, du même coup, à la

(1) V. *Traité de Dr. romain*, t. VIII, § 370 et suiv.

(2) V. not. Paris, 2 mars 1892, S. 1896. 2. 37; Douai, 17 juin 1897, S. 1898. 2. 202.

loi de la France les donations qu'ils peuvent se faire au cours de leur union? Le régime matrimonial, expressément libellé ou tacitement accepté par ceux qui n'ont pas fait rédiger de charte conjugale, ne saurait empiéter ainsi sur ceux des actes qui, accomplis par les époux au cours du mariage, sont les conséquences de l'état nouveau et de la capacité créés par l'union conjugale (1). Si les époux français ne peuvent pas, notamment, se faire des libéralités irrévocables (art. 1096), ni valablement consentir entre eux à une vente (1595), ce n'est point parce qu'ils l'ont voulu expressément ou tacitement. Leur volonté n'a rien à voir à ce sujet. La preuve, c'est que, en supposant qu'ils aient fait dresser un contrat de mariage, ils ne pourraient pas stipuler dans cet acte qu'il leur sera loisible, au cours de leur vie commune, de se faire des donations irrévocables ou de conclure entre eux des ventes. Les prohibitions des art. 1096 et 1595 du Code civil de la France s'imposent aux conjoints français, parce que ces prohibitions dépendent de la capacite des époux telles que l'a réglementée souverainement notre législateur. Ce n'est donc pas la volonté des conjoints, mais la loi qui fixe leur état et leur capacité qu'il convient d'interroger, pour savoir si ces conjoints peuvent s'avantager pendant leur mariage par voie de donations. Dans l'hypothèse soumise à la Cour d'appel d'Alger, puisqu'il s'agissait de deux personnes appartenant à la nationalité anglo-maltaise, c'est à la loi maltaise qu'il fallait demander si et dans quelles conditions une libéralité pouvait intervenir entre elles au cours de leur mariage. Or, aux termes de l'art. 1571 du Code maltais, un époux ne peut pas consentir valablement une donation à son conjoint sans avoir, au préalable, soumis cette donation à la Cour de Malte et sollicité son autorisation. Ces formalités accomplies, la donation, ainsi régulièrement faite, a un caractère irrévocable. Au contraire, toute donation entre époux anglo-maltais faite pendant le mariage sans autorisation de la Cour de Malte, est entachée de nullité. Les prescriptions ainsi édictées par la loi maltaise n'ayant point été obéies dans l'hypothèse de l'arrêt du 2 mai 1898, la donation faite par la femme à son mari

(1) *Contrà*, Bartin, D. 1898. 2. 457.

était donc sans efficacité. N'aurait-il point été préférable que la Cour d'Alger basât sa solution sur ce motif, en parfait accord avec le principe à l'aide duquel on détermine l'état et la capacité des personnes, plutôt que de fonder sa décision, — qui aboutit, d'ailleurs, au même résultat pratique, puisque la donation avait été révoquée conformément à l'art. 1096 C. civ., — sur la loi française? A mes yeux, c'est tout à fait à tort que, dans la circonstance, cette loi a été invoquée.

Je viens de rattacher ainsi au statut personnel la question de savoir si des époux peuvent, au cours de leur mariage, se faire des donations. Cette thèse est celle qui est le plus généralement acceptée par les auteurs (1). Mais elle n'est pas la seule soutenue. Certaines décisions judiciaires admettent que les lois qui prohibent ou limitent les donations entre époux appartiennent au statut réel (2). D'autres font ici une distinction analogue à celle que dicte l'art. 3, 2° C. civ. en matière de succession *ab intestat*. Tandis que, à l'égard des meubles, la validité de la donation entre époux dépendrait de la loi personnelle du disposant; pour les immeubles, elle dépendrait uniquement de la loi de leur situation (3). Je n'entrerai point à cette occasion dans le détail de la controverse, dont j'ai signalé précédemment dans cette Revue les éléments (4).

J'ai dit ci-dessus que la Cour d'Alger, dans son arrêt du 2 mai 1898, avait enfin touché à un dernier point. Le mari anglo-maltais survivant réclamait sur la succession de sa femme prédécédée l'usufruit du quart de cette succession, conformément à la loi française du 9 mars 1891 (art. 767 C. civ). La Cour d'appel se contente de lui reconnaître ce droit héréditaire. Il est vraisemblable que, si l'on en avait contesté l'étendue, la Cour aurait été amenée à préciser davantage. Se fondant sur l'art. 3, 2° C. civ., elle aurait

(1) V. égal. Paris, 12 mai 1881, sur Cass. S. 1886, I, 121.

(2) V. Cass. 4 mars 1857, S. 57. 1. 247; J. Seine, 3 mars 1891, *J. Clunet*, 1892 p. 940.

(3) V. Cass. 2 août 1884, S. 1886, I. 121; Paris, 27 mai 1892, *J. Clunet*, 1892, p. 940; Paris, 8 mai 1894, *J. Clunet*, 1894, p. 562.

(4) V, *Revue critique*, 1895, p. 74 et suiv.; Rapp. Audinet, note Sirey, 1900, I, 259 et suiv.

sans doute reconnu que le droit héréditaire du mari, susceptible de s'exercer conformément à la loi française sur les immeubles ayant appartenu à la femme situés en France, était subordonné aux principes de la loi étrangère où, — pour parler le langage des tribunaux, — de la loi du domicile légal du défunt, en tant qu'il s'agissait de la dévolution de la succession mobilière.

V.

Exécution des jugements étrangers en France. — Jugements sur des questions d'état et de capacité.

Lorsqu'un jugement a été prononcé par une juridiction étrangère, ce jugement, qui est une émanation de la souveraineté locale, ne peut point ressortir son exécution en France avant d'y avoir été rendu exécutoire par un tribunal français. Quelle est la mission qui incombe à ce dernier? On discute à ce sujet dans la doctrine, et l'on y critique volontiers la thèse d'ordinaire consacrée par notre jurisprudence.

Quelques tribunaux (1), s'emparant de l'idée d'après laquelle ce qui est rendu exécutoire en France, c'est le jugement étranger lui-même, et suivant, à mes yeux, cette idée dans toutes ses conséquences logiques, reconnaissent à la décision étrangère l'autorité de la chose jugée et se bornent à s'assurer si elle est conforme à notre droit public, si elle est conciliable avec l'ordre public dans notre pays. Ils examinent aussi si la décision a été prise par une autorité étrangère méritant le nom de juridiction et, en supposant qu'il en soit ainsi, si cette juridiction était compétente pour statuer. Enfin il est admis parfois, à juste titre à mon avis, que, à moins de dérogation résultant d'une convention diplomatique, le jugement étranger ne peut pas être ramené à exécution en France tant qu'il n'a point définitivement acquis l'autorité de la chose jugée dans le pays où il a été rendu (2). Si l'examen de la juridiction française appelée à se prononcer sur la question d'*ex-*

(1) V. et cpr. J. Laon, 21 juill. 1890. *J. Clunet*, 1890, p. 909, Douai, 10 avr. 1895 (motifs), *J. Clunet*, 1899, p. 375.

(2) V. J. Laon, 21 juill. 1890, *J. Clunet*, 1890, p. 909; Rapp. Cass. 9 mai 1900, *Gaz. tribunaux*, 13 mai 1900.

equatur se borne à la vérification des seuls points ainsi signalés, il se réduit à son minimum.

Mais, le plus habituellement, les tribunaux français comprennent autrement leur rôle. Sans aller, dans les motifs de leurs décisions, jusqu'à dire qu'ils ont le pouvoir, et même le devoir de substituer un jugement français à celui qui a été rendu en pays étranger, — résultat pratique auquel, à mes yeux, ils aboutissent, — ils admettent que le jugement étranger doit être revisé au fond même de l'affaire. Et n'est-ce pas la conséquence voulue par le Code civil dans son art. 2123, qui fait un renvoi à l'art. 546 du Code de procédure civile, quand, au lieu de se contenter d'une simple ordonnance du président du tribunal pour conceder l'*exequatur*, il veut que le jugement rendu en pays étranger soit l'objet d'un examen de la part du tribunal français tout entier?

Souvent nos tribunaux ne s'inquiètent pas de la nationalité des parties D'autres fois ils en font un des motifs de la solution donnée Il semble même que la préoccupation de la qualité de Français chez la partie condamnée soit, de nos jours, volontiers prise en considération. Il y a là un souvenir de l'art. 121 de l'ancienne ordonnance de 1629 due au chancelier Michel de Marillac, qui distinguait selon que les jugements rendus *ès royaumes étrangers* l'avaient été en faveur de Français ou contre eux. Tandis que, dans le premier cas, l'ordonnance leur reconnaissait l'autorité de la chose jugée en France, elle les traitait de façon fort différente dans le second, si bien que le droit litigieux pouvait être à nouveau débattu On a essaye de soutenir que cette vieille règle assez égoïste basée sur la protection de l'intérêt des nationaux avait été maintenue; mais cette opinion se heurte trop directement à l'art 1041 du Code de procedure civile pour pouvoir être prise en considération. Nos tribunaux ne s'y rangent pas Ils ne font, de la circonstance qu'un Français a été condamné par un tribunal étranger, qu'un argument *a fortiori* pour expliquer leur droit de reviser au fond la décision étrangère. C'est ainsi que, dans un jugement du tribunal civil de la Seine du 9 juin 1899 (1),

(1) *J. Clunet*, 1900, p. 342.

il est dit que le tribunal français, appelé à se prononcer sur l'exécution d'un jugement étranger a, en l'absence de traités spéciaux, un droit absolu de revision, tant en la forme qu'au fond, quand *surtout* ce jugement a été rendu contre un Français. On retrouve encore cette mention spéciale de l'intérêt français dans un jugement du même tribunal du 19 janvier 1899 (1), parlant du devoir strict de reviser la sentence étrangère, alors surtout que dans la contestation sont intéressés, soit des Français, soit des étrangers admis à domicile en France. Mais quand même cet argument fait défaut, alors que les jugements émanés des juridictions étrangères ne mettent en cause que des étrangers, fussent-ils non admis à domicile dans notre pays, les tribunaux français n'en affirment pas moins énergiquement, d'habitude (2), leur droit étendu de revision (3).

Je n'ai pas ici l'intention de faire la critique, si souvent présentée, de cette jurisprudence bien établie. Je ne veux point redire que son argument principal, tiré de l'art. 2123 du C. civ. et de l'intervention du tribunal tout entier pour justifier un droit de revision absolu, n'est peut-être pas d'une solidité à toute épreuve, si l'on songe que les questions qui restent à examiner, abstraction faite de la revision du proces au fond, sont de celles pour lesquelles on conçoit que le législateur ait voulu plus que la seule intervention du président du tribunal. Je crois, d'ailleurs, que l'intervention de ce tribunal en entier se justifie, moins par l'étendue de la mission que l'on a entendu lui confier, que parce qu'il s'agit de donner la force exécutoire à une sentence rendue par une autorité qui a agi par délégation du pouvoir social d'un État etranger (4).

Quoi qu'il en soit, la thèse de la revision absolue des sentences étrangères n'est pas appliquée par nos tribunaux aux jugements qui statuent sur des questions d'etat ou de capacité. Rappelons, à ce point de vue, les principes dont quelques-uns ont vu leur

(1) *J. Clunet*, 1900, p. 343.

(2) V. cep. J. Seine, 21 fév. 1896, *J. Clunet*, 1896, p. 621.

(3) V. Caen, 21 mars 1892, *J. Clunet*, 1892, p. 977, Paris, 6 mars 1897, *J. Clunet*, 1897, p. 792, J. Seine 11 juill. 1895, *J. Clunet*, 1896, p. 356.

(4) V. cette *Revue*, 1900, p. 145 et suiv., spécialement, p. 151.

application sollicitée dans une affaire assez intéressante, de Wrède contre de Wrède, qui a donné successivement lieu à un jugement du tribunal civil de la Seine du 4 février 1897, à un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 23 juin 1898 (1) et à un arrêt de la chambre civile de la Cour suprême du 9 mai 1900 (2).

Donc, quand il s'agit de jugements étrangers qui sont constitutifs de l'état des personnes ou fixent leur capacité, on admet, à raison même de leur caractère juridique d'être des dépendances du statut personnel, qu'ils ont de plein droit l'autorité de la chose jugée en France, par cela même qu'ils l'ont acquise au préalable en pays étranger. Le statut personnel ne comprend pas seulement, en effet, des dispositions légales proprement dites; il englobe en outre les décisions judiciaires qui les complètent et les expliquent. Celles-ci sont constitutives de ce statut et n'ont pas besoin, quand elles émanent de juridictions étrangères, d'être revêtues d'un *exequatur*, à moins qu'on entende s'en prévaloir pour procéder à des actes d'exécution sur les biens, et à moins aussi, comme le fait remarquer notre savant collègue M. Audinet (3), qu'il faille recourir à des voies de coercition vis-à-vis des personnes pour assurer la pleine efficacité de leurs dispositions.

Mais, en supposant qu'il n'y ait pas à recourir à des voies d'exécution sur les biens ni à des mesures de coercition vis-à-vis des personnes, faut-il conclure des principes ci-dessus posés et qui sont accueillis le plus souvent par notre jurisprudence, que les tribunaux français, s'ils n'ont pas à conférer d'*exequatur*, ne peuvent pas être saisis de l'examen de certains autres points à l'occasion des jugements étrangers qui prononçent sur une question d'état ou de capacité? Non.

Si, d'abord, il est prétendu que ces jugements n'ont point appliqué régulièrement aux parties les règles de leur statut personnel, rien ne s'oppose, à mon avis, à ce qu'on les puisse considérer comme non avenus au delà de la frontière du pays où ils ont été rendus, sur la demande de celui à l'encontre duquel on entend s'en prévaloir.

(1) S. 1900. 2. 41.

(2) *Gaz. tribunaux*, 13 mai 1900, et *Pand. fr.*, 1900, 5. 35 (note Weiss).

(3) Note dans Sirey, 1900. 2. 41, col. 2.

D'autre part, la justice française peut être saisie d'un débat sur la compétence du tribunal étranger qui a statué. Si ce tribunal est reconnu incompétent, le jugement qu'il a rendu ne saurait avoir l'autorité de la chose jugée dans notre pays.

Et puis, il en serait de même s'il arrivait que la décision rendue à l'étranger fût incompatible avec l'ordre public en France, alors même que la question d'état ou de capacité ne soulèverait que des intérêts étrangers.

Ces notions mises en saillie, voici désormais en quels termes s'est présentée l'affaire de Wrède devant la justice française Une femme de nationalité autrichienne épousa à Vienne en 1881 un Autrichien qui, plus tard, se fit naturaliser en Russie. Comme conséquence de la règle posée dans l'art. 17 de l'ukase du 6 mars 1864 sur la nationalité, la femme du naturalisé cessa d'être Autrichienne pour partager la nouvelle nationalité de son époux. Mais il arriva que le mariage conclu à Vienne en 1881 fut annulé en Russie par le tribunal ecclésiastique de Saint-Petersbourg. Alors la femme, dont le mariage avait été annulé et qui perdait ainsi sa qualité de femme russe après avoir perdu sa nationalité autrichienne d'origine, se considérant comme libre de tout lien conjugal, voulut, dans la suite, contracter mariage en France avec un étranger de nationalité incertaine, le prince de Wrède. Après justification de l'annulation du premier mariage, il fut, sur l'autorisation du procureur de la République, procédé à la célébration de la nouvelle union à Paris par l'officier de l'état civil du XVIe arrondissement. Ce second mariage fut, à brève échéance, suivi d'un abandon de la femme par le mari. Ce dernier alla se fixer en Bavière. Là, désireux d'épouser une autre femme, le prince de Wrède introduisit devant les tribunaux bavarois une demande à l'effet d'etablir que l'annulation du premier mariage de sa femme, annulation prononcée par le tribunal ecclésiastique de Saint Pétersbourg, n'etait pas efficace et avait été prononcée à tort, ce dernier tribunal n'ayant pas eu compétence pour statuer valablement. Cette prétention, rejetée en première instance, fut admise par la Cour d'appel de Munich. Le prince de Wrède introduisit alors une demande devant le tribunal de première instance de la Seine, à l'effet de faire rendre

exécutoire en France l'arrêt de la Cour de Munich, et d'en faire ordonner la transcription en marge de l'acte de mariage reçu à la mairie du XVIe arrondissement de Paris. Puis, le prince de Wrède étant parvenu à faire opérer cette transcription avant que l'instance qu'il avait introduite devant le tribunal civil de la Seine eût suivi son cours régulier, se désista de sa demande. Mais la princesse de Wrède n'accepta pas ce désistement. Elle prit des conclusions tendant à faire opérer la radiation de la transcription de l'arrêt de la Cour de Munich, cette transcription, dit-elle, ayant été faite sans droit sur les registres de l'état civil français. Tels sont les faits.

Ce procès mettait, d'abord, en jeu la question de savoir si, pour acquérir en France l'autorité de la chose jugée, l'arrêt de la Cour de Munich qui avait prononcé l'annulation du mariage contracté à Paris, avait besoin d'être rendu exécutoire par un tribunal français, comme le demandait en l'espèce le prince de Wrède, dans les conclusions qu'il avait prises avant son désistement? A ce point de vue, la Cour de Paris semble, dans son arrêt du 23 juin 1898, s'être quelque peu méprise en décidant qu'il y avait, en effet, lieu d'examiner au fond la demande d'*exequatur*. Le tribunal civil de la Seine avait, à mes yeux, placé la question sur son véritable terrain en s'exprimant ainsi : « Attendu que l'état de l'étranger en France étant régi par son statut personnel, les jugements étrangers qui assurent cet état sont par eux-mêmes et de plein droit applicables en France et à l'étranger, comme le serait la loi en vertu de laquelle ils ont été rendus, alors d'ailleurs que, comme dans l'espèce, ils ne sont pas de nature à donner lieu à des actes d'exécution .. »

Mais les deux points délicats soulevés par le procès, abstraction faite de la question d'*exequatur* qui, à mon avis, devait être mise de côté, concernaient : l'un la compétence des tribunaux bavarois et spécialement de la Cour d'appel de Munich, l'autre, la règle d'après laquelle un jugement étranger doit être tenu pour non avenu s'il est incompatible avec l'ordre public en France.

La Cour de Munich avait-elle donc été valablement saisie et son arrêt avait-il été compétemment rendu? La femme défenderesse avait décliné la compétence de la juridiction bavaroise.

Dans l'espèce, le demandeur étranger avait, au moment de sa demande devant les tribunaux de la Bavière, perdu la nationalité de ce pays. On pourrait, dès lors, avoir la pensée de soutenir que la Cour d'appel de Munich n'avait pas compétence pour se prononcer, en invoquant une thèse aux termes de laquelle les jugements qui concernent l'état et la capacité des personnes ne sauraient avoir l'autorité de la chose jugée en dehors du pays où ils ont été rendus que s'ils ont été prononcés par la juridiction nationale des plaideurs. Mais cette thèse est fort loin d'être indiscutable. Pour mon compte, je ne la crois pas fondée. D'ailleurs, dans l'espèce, il n'était pas possible de la faire entrer en ligne de compte; car il résulte des documents du procès de Wrède que les parties, — le mari comme la femme, — avaient perdu leur nationalité d'origine sans en avoir acquis une autre en échange, au moment du débat devant les tribunaux bavarois. Dès lors, puisqu'il s'agissait d'*heimathlosen* dont le statut personnel doit être apprécié par la loi du domicile, et puisque les juridictions de la Bavière constatent que le prince de Wrède, demandeur dans l'instance engagée devant elles, était leur justiciable comme domicilié dans leur ressort, on ne voit pas pourquoi l'autorité de leurs décisions, et spécialement celle de l'arrêt de la Cour de Munich, serait répudiée en France, du moins en n'envisageant que la compétence.

Il ne reste donc plus à rechercher qu'une seule chose, à savoir si l'autorité de la chose jugée de l'arrêt de la Cour de Munich ne vient pas se briser en France contre un principe d'ordre public. La Cour de Paris le décide en effet. « Considerant, nous dit-elle, qu'il suffit de remarquer que la sentence étrangère dont la transcription était demandée, au mépris d'une décision émanee d'une des plus hautes autorités ecclesiastiques russes..., déclare que la dame... était toujours engagee dans les liens de son premier mariage célébré à Vienne, que dès lors l'officier de l'état civil (français) qui a célébré et porté sur ses registres le mariage..., que le procureur de la République qui l'a dirigé dans ces circonstances spéciales... avaient l'un et l'autre violé une règle de haute moralité en célébrant et en autorisant de celébrer le mariage d'une personne déjà engagée dans les liens d'une précédente

union; qu'une pareille décision a, de toute évidence, fait échec à l'autorité de ces deux magistrats et conséquemment violé l'une des règles fondamentales de l'ordre public en France;... dit l'arrêt bavarois... non exécutoire, nul et de nul effet en France comme contraire à l'ordre public. » Cette argumentation ne me convainc nullement. Est-ce qu'un mariage célébré par un officier de l'état civil compétent, quand même cet officier aurait eu des scrupules et se serait fait autoriser à la célébration par le procureur de la République, est pour cela inattaquable? Et puis, les tribunaux français n'ont-ils donc pas souvent annulé des mariages contractés en pays étranger par des Français? Pourquoi donc les tribunaux de l'étranger n'auraient ils point un droit analogue vis-à-vis de mariages contractés par des étrangers dans notre pays? Je m'associe aux critiques présentées à ce sujet par mon collègue M. Audinet, à l'occasion de l'arrêt de la Cour de Paris précité (1). Comme lui, j'estime, — tout en reconnaissant que ce tribunal n'a peut-être pas dépeint le rôle de l'officier de l'état civil sous son véritable jour en disant que cet officier intervient dans l'acte comme une sorte de témoin, alors que, à mes yeux, il agit comme délégué de la puissance publique, — que le tribunal de la Seine avait eu raison de ne pas considérer l'arrêt de la Cour d'appel de Munich comme contraire à l'ordre public en France.

Quoi qu'il en soit, le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris a été rejeté par la chambre civile de la Cour suprême dans un arrêt rendu le 9 mai 1900, contrairement aux conclusions de M. l'avocat général Sarrut. La Cour de cassation considère que l'état des personnes ne saurait demeurer incertain sans qu'il en résulte un trouble profond dans la société, et que l'annulation d'un mariage légalement et définitivement prononcée doit être à l'abri de toute attaque, surtout lorsque, sur la foi de cette annulation, les époux ont contracté de nouvelles unions et que l'officier de l'état civil français, qui a célébré l'une de ces dernières, a constaté que le jugement étranger d'annulation avait été rendu régulièrement en la forme par une juridiction compé-

(1) V. note dans Sirey, 1900. 2. 43.

tente. L'arrêt ultérieur d'un autre tribunal étranger qui a, plus tard, déclaré non avenue la première sentence d'annulation doit, dit la chambre civile, être traité comme contraire à l'ordre public en France. Certes! il n'est point douteux que le bon ordre dans la société exige la stabilité dans l'état des personnes. Mais, dans notre hypothèse, l'officier de l'état civil français autorisé par le procureur de la République à célébrer un mariage en France, n'avait-il pas, de bonne foi assurément, commis une erreur très excusable sur la capacité de l'étranger qui se présentait à lui pour se marier? Là est la question. La capacité de l'étranger est régie par son statut personnel. Quel était dans l'espèce ce statut? L'arrêt rendu par le tribunal ecclésiastique de Saint-Pétersbourg, régulier en la forme, avait-il été rendu par une juridiction compétente, et, si oui, celle-ci avait-elle exactement jugé? Le mari de la seconde union était au premier rang des intéressés pour le contester et pour soutenir que le jugement d'annulation du premier mariage n'avait pas bien appliqué aux parties, spécialement à la femme remariée, les règles sur le statut personnel. Il était en droit, à mes yeux, d'introduire une demande devant un tribunal compétent pour voir dire que le jugement antérieurement rendu, ayant fait fausse route, devait être considéré comme non avenu au delà de la frontière du pays où il avait été prononcé. Je ne vois pas, quant à moi, que l'arrêt de la Cour de Munich, en le supposant régulier en la forme et compétemment rendu, doive être traité comme contraire à l'ordre public en France, par ce seul motif qu'il met obstacle à la validité d'un mariage qui y a été célebré, si les juges bavarois ont établi que le statut personnel de la femme remariée avait été faussement déterminé par une juridiction incompétente.

F. SURVILLE.

LES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS ET LA LOI DU 4 FÉVRIER 1901,

Par M. Léon Aucoc, membre de l'Institut.

On a souvent remarqué que, dans la formation des théories et des règles pratiques du droit administratif, la jurisprudence, principalement celle du Conseil d'État, par ses avis ou par ses arrêts, et la doctrine constituée par les opinions des auteurs, occupaient souvent une place plus considérable que la législation. Parmi les matières où l'on constate ce fait, qui a été comparé à l'influence du préteur sur la formation du droit romain, il faut citer particulièrement la matière des établissements publics et des établissements d'utilité publique.

Nous n'avons pas le dessein d'aborder ce qu'on pourrait appeler la philosophie du droit relatif aux personnes civiles ou morales ou juridiques (les trois expressions sont employées), à leur nature et à leur création. Il s'est produit, à ce sujet, depuis une vingtaine d'années, d'abord en Allemagne, puis en Belgique et en France, des théories nouvelles et variées, parfois subtiles et même obscures, dont l'intérêt pratique est surtout dans l'influence qu'elles peuvent exercer sur les reformes de la législation relative au droit d'association (1).

Nous entendons rester sur le terrain du droit administratif, où l'on trouve aussi des discussions intéressantes.

Une théorie, qui est classique depuis longtemps, présente les établissements publics comme des institutions administratives rattachées à l'administration générale ou locale du pays, mais pour lesquelles le législateur a voulu demander le concours de

(1) Notre confrère, M. Charles Lyon-Caen, les a signalées et discutées dans son rapport sur le concours pour le prix Saintour jugé en 1900 (*Compte-rendu des travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1900, p. 471). M. Michoud a fait un exposé étendu de ces diverses théories dans une remarquable étude sur la *Notion de personnalité morale* (1899). Les doctrines allemandes ont contribué à faire introduire dans le Code civil de l'Empire un système, nouveau à certains égards, que M. Saleilles a expliqué dans des notes savantes sur les art. 21 à 24, l'art. 54, les art. 89 et 31 du Code, communiquées à la Société de législation comparée (*Bulletin de la Société*, 1899, p. 260 et 452, 1900, p. 149).

représentants spéciaux dont il attend plus de lumières et plus de zèle; les établissements d'utilité publique comme des œuvres privées, favorisées et contrôlées par l'administration. Elle montre que tous les deux ont ce caractère commun d'être dotés de la personnalité civile, du droit d'acquérir, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, et de se créer, par les dons et legs qui vont volontiers aux œuvres spéciales, un patrimoine propre à l'institution publique ou à l'œuvre privée, qui les fait vivre ou qui contribue plus ou moins largement à leur entretien et à leur développement. Elle fait ressortir ensuite que le régime sous lequel sont placés les établissements des deux catégories n'est pas le même, à raison de la différence de leur nature.

Cette théorie ne s'est pas dégagée immédiatement. C'est M. de Gérando, membre de l'Institut de 1805 à 1842, philosophe, philanthrope, conseiller d'État et professeur de droit administratif, qui a, le premier, dans ses *Institutes de droit administratif*, publiées en 1828, groupé les règles de ce que l'on appelle généralement la tutelle administrative, quoique l'expression soit inexacte, à l'égard des personnes civiles qui prennent part à la gestion des services publics, ou qui travaillent, à côté de l'administration, à des œuvres utiles, sans chercher un bénéfice.

Toutefois, il n'indiquait encore qu'une catégorie de personnes civiles administratives et, même dans la seconde édition de son livre, publiée en 1842, il donnait toujours aux congrégations religieuses la qualification d'établissements publics (1). Cependant, la jurisprudence administrative du Conseil d'État, à laquelle il prenait une part considérable, avait, depuis 1830 et même antérieurement, admis la création de sociétés d'utilité publique reconnues par le gouvernement. Les comptes-rendus des travaux du Conseil d'Etat, rédigés, pendant toute la durée du gouvernement de Juillet, sous la direction de M. Vivien, et qui fournissent, à défaut des archives anéanties par l'incendie de 1871, des renseignements précieux sur l'histoire de la jurisprudence, donnent, pour chaque période quinquennale, la série des autorisations accordées à des sociétés savantes, à des sociétés de bienfaisance,

(1) *Institutes de droit administratif*, 2e édit., t. II, p. 18.

pour leur conférer la personnalité civile et celle des autorisations d'accepter les dons et legs faits à ces sociétés. Toutefois, la jurisprudence distinguait alors, parmi les œuvres privées, les sociétés reconnues et les sociétés d'utilite publique. Cela avait un intérêt, pour les sociétés savantes, au point de vue de la confection des listes électorales et des listes du jury.

Depuis cette époque, la littérature du sujet n'a cessé de s'enrichir. Les professeurs ont particulièrement creusé les principes et leurs conséquences juridiques; plusieurs membres du Conseil d'État ont apporté, avec le même souci des principes, les monuments de la jurisprudence administrative du Conseil d'État, résultant des decrets adoptés, des avis et des notes de doctrine qui ne sont pas ordinairement livrés à la publicité, comme la jurisprudence du Conseil d'État statuant au contentieux (1).

(1) Nous devons citer notamment, parmi les ouvrages généraux : Vuillefroy et Monnier, *Principes d'administration* extraits des avis du Conseil d'Etat et du Comité de l'Intérieur (1837); Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 1re édit. (1861), 6e édit. (1881), t. II; Bouchené-Lefer, *Principes et notions élémentaires de droit public-administratif* (1862); Batbie, *Traité théorique et pratique de droit administratif*, 2e édit. (1885), t. V; Dalloz, *Code des lois politiques et administratives* (1895), t. III, v° *Etablissements publics et d'utilité publique*; Simonet, *Traité élémentaire de droit public et administratif*, 3e édit., (1897); Dareste, *La justice administrative en France*, 2e édit. (1898); Hauriou, *Précis de droit administratif*, 4e édit., (1900); Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif* (1900). — Parmi les ouvrages spéciaux dûs à des membres du Conseil d'Etat : Georges de Salverte, *Essai sur les libéralités en faveur des établissements civils et ecclésiastiques* (1859); Albert Vandal, *Des libéralités aux établissements publics* (1879); Marguerie, article sur les *Dons et legs* dans le *Dictionnaire général d'administration* de M. Alfred Blanche, 2e édit. (1884); Tissier, *Traité des dons et legs aux établissements publics et d'utilité publique* (1896). — Il faut y joindre un travail qui n'a pas été mis dans le commerce, intitulé : *Notes de jurisprudence* (section de l'Intérieur, des Cultes, de l'Instruction publique et des Beaux-Arts du Conseil d'Etat), de 1879 à 1891, recueillies et classées par M. Bienvenu Martin, maître des requêtes et MM. Simon, Dejamme, Noël, Silhol et Moullé, auditeurs (1892).

Nous devons citer encore : Des Cilleuls, *Du régime des établissements d'utilité publique* (1891); Michoud, *La création des personnes morales*, I, *L'Etat et les services publics personnalisés* (1900).

Nous avons aussi traité la question dans nos *Conférences sur le droit administratif faites à l'Ecole des ponts et chaussées*, 3e édit. (1885),

Aujourd'hui il ne peut plus s'élever de controverse que sur des points de détail.

Nous n'aurions pas cru intéressant de revenir sur cette théorie bien connue si des lois nouvelles n'en avaient fait l'application et n'avaient modifié, sur certains points, les règles actuellement suivies dans des conditions qui mettent bien en lumière les principes généraux, en accordant des avantages assez importants aux établissements publics.

I.

C'est un fait singulier et assez rare que le législateur, qui, dans un assez grand nombre de dispositions, a parlé des établissements publics et, dans un plus petit nombre, a parlé des établissements d'utilité publique, n'en ait jamais donné la définition. Il a, en effet, posé à leur égard des règles de tutelle et de contrôle, il leur a donné des garanties, il a fixé les formes dans lesquelles ils peuvent agir en justice. Tantôt les textes sont généraux, tantôt ils s'appliquent aux établissements publics seuls, à l'exclusion des établissements d'utilité publique. On peut citer d'abord plusieurs articles du Code civil, les art. 930 et 937 relatifs aux dons et legs, l'art. 1712 sur les baux, l'art. 2045 sur les transactions, l'art. 2121 sur l'hypothèque légale, l'art. 2227 sur la prescription, plusieurs articles du Code de procédure civile et les art. 1 et 90 à 112 du Code forestier. On peut encore citer la loi du 20 février 1849 sur la taxe des biens de mainmorte. Il faudrait terminer la série, si on voulait la donner complète, et ce n'est pas le lieu, par la loi du 4 février 1901, qui vient de modifier, au profit de ces établissements, les règles sur l'acceptation et l'autorisation des dons et legs telles qu'elles résultaient des art. 910 et 937 du Code civil.

Mais aucun de ces textes ne définit l'établissement public et l'établissement d'utilité publique; aucun n'indique leurs caractères essentiels, les points par lesquels ils se distinguent l'un de l'autre, ainsi que de l'État, du département et de la commune, en sorte que c'est la jurisprudence et la doctrine qui ont dû rechercher et décider, parmi les personnes administratives, celles

auxquelles s'appliquaient le bénéfice ou la charge des dispositions de lois édictées au sujet de l'ensemble ou de l'un des deux groupes d'établissements.

Il faut dire même que le législateur, dans certains textes, a plutôt contribué à troubler la jurisprudence et la doctrine qu'à faciliter la tâche qu'il leur laissait. Ainsi l'art. 910 du Code civil porte que les dispositions entre vifs ou par testament au profit des hospices, des pauvres d'une commune ou d'établissements d'utilité publique, n'auront leur effet qu'autant qu'elles seront autorisées par un décret. L'art. 937 rappelle cette règle, dans les mêmes termes, pour les donations entre vifs. Les auteurs du Code civil connaissaient bien le terme d'établissements publics qu'ils ont employé dans plusieurs autres articles. Ont-ils voulu exempter ces établissements de la règle posée par les art. 910 et 937? Jamais on ne l'a pensé. On a toujours considéré qu'ils avaient, dans ces articles, pris le mot d'établissements d'utilité publique dans le sens le plus large. A l'inverse, la loi du 20 février 1849, sur la taxe des biens de mainmorte, a pris le mot d'établissements publics légalement autorisés dans le sens le plus large et s'applique incontestablement aussi aux établissements d'utilité publique. La loi du 9 avril 1881, qui crée une caisse d'épargne postale, dispose, dans son art. 15, que des dons et legs peuvent être faits au profit de cette caisse dans les formes établies et selon les règles prescrites pour les établissements d'utilité publique. On peut se demander si ce n'est pas une erreur, puisque cette caisse est rattachée au service public des postes.

Ce qui pouvait aussi contribuer à troubler les idées quand on cherchait la définition de cette catégorie de personnes administratives, c'est que, à un tout autre point de vue, des textes de lois sur l'instruction publique ou sur l'assistance publique ont parlé des établissements publics en les distinguant des établissements privés.

A défaut d'une définition donnée par le législateur, pourrait-on, en glanant dans les lois ou les règlements relatifs aux institutions administratives, composer la liste de celles qui ont le caractère d'établissement public? Nullement. Cela serait possible et cela a pu être fait pour les établissements d'utilité publique,

parce que c'est d'un acte du gouvernement portant reconnaissance d'utilité publique ou, dans certains cas, d'une loi spéciale qu'ils tiennent leur situation privilégiée, leur personnalité civile (1). Mais il n'en est pas ainsi pour les établissements publics. Les lois ont très rarement employé ce mot pour l'appliquer à une institution déterminée. C'est par des dispositions relatives à l'administration des propriétés, à l'acceptation des dons et legs qu'on peut reconnaître l'intention qu'avait le législateur de constituer une personne civile. Il n'y a que de rares exceptions. Ainsi l'art. 47 de la loi du 19 juillet 1889 porte que les écoles normales primaires constituent des établissements publics. L'art. 1er de la loi du 9 avril 1898 sur les Chambres de commerce a employé aussi cette formule pour rectifier la qualification erronée d'établissement d'utilité publique donnée à ces Chambres par l'art. 19 du décret du 3 septembre 1851 (2). Mais ce ne sont pas les mêmes termes qu'on a employés quand on a voulu provoquer les libéralités en faveur de l'enseignement supérieur pour augmenter les ressources que l'État y consacre. La loi de finances du 28 avril 1893 dispose que « le corps formé par la réunion de plusieurs facultés de l'Etat dans un même ressort académique (auquel la loi du 10 juillet 1896 a donné ensuite le nom d'université) est investi de la personnalité civile ». Quand la loi de finances du 16 avril 1895 a voulu créer un courant de libéralités en faveur des musées nationaux, elle a, dans son art. 52, statué dans les termes suivants : « Est investie de la personnalité civile, sous le titre de musées nationaux, la réunion des musées du Louvre, de Versailles, de Saint-Germain et du Luxembourg. » Il en a été de même pour le Conservatoire national des arts et métiers et pour l'École nationale supérieure des mines, personnifiés par la loi de finances du 13 avril 1900 (art. 32 et 34). C'est seulement pour les syndicats de communes créés par la loi du 22 mars 1890

(1) M. des Cilleuls, dans son travail intitulé : *Du régime des établissements d'utilité publique* (1891), a donné une liste chronologique, par département, des œuvres reconnues comme établissements d'utilité publique, dressée par le Ministère de l'Intérieur.

(2) Un arrêt de la Cour de cassation du 28 octobre 1885 avait déjà rectifié le décret du 3 septembre 1851.

(art. 170) qu'on a réuni les deux formules en ces termes : « Les syndicats de communes sont des établissements publics investis de la personnalité civile. »

Il n'y a pas non plus dans les règlements faits pour l'exécution des lois une nomenclature des établissements qui rentrent dans l'une ou l'autre des deux catégories. Au premier abord, on pourrait espérer la rencontrer dans l'ordonnance royale du 2 avril 1817 qui détermine les règles à suivre pour l'acceptation et l'emploi des dons et legs et qui s'applique, à la fois, aux établissements publics et aux établissements d'utilité publique. Mais la nomenclature est assez ancienne et fort incomplète. Les auteurs de l'ordonnance n'y ont pas vu d'inconvénient parce qu'ils la terminaient par une formule générale s'appliquant à l'ensemble des établissements des deux categories. Ils n'ont parlé que de ce qui était assez fréquent à l'époque où le règlement a été fait. C'est ainsi qu'ils mentionnent les évêchés, les cathédrales, les séminaires, les chapitres, les cures et succursales, les fabriques, les consistoires, les hôpitaux et autres établissements de bienfaisance, les collèges, qui sont des établissements publics. Ils mentionnent aussi les associations religieuses qui sont considérées aujourd'hui comme des établissements d'utilité publique. Mais la liste est bien plus étendue si l'on consulte les traités les plus récents sur la matière (1).

Il est donc intéressant, au point de vue de la théorie et de la pratique, de chercher quels sont les signes auxquels on reconnaît les établissements publics et les établissements d'utilité publique. Le moment est d'ailleurs favorable, parce que dans la loi du 4 février 1901, due à l'initiative d'un ancien maître des requêtes au Conseil d'Etat, M. Bienvenu Martin, auteur d'un recueil de jurisprudence où cette question est traitée avec des développements étendus, le législateur, soit dans les exposés des motifs et les rapports des commissions, soit dans le texte de la loi, s'est approprié et a consacré plus ou moins directement les notions

(1) Nous signalerons principalement celle qu'a donnée M. Tissier, avec des commentaires étendus, dans son *Traité des dons et legs aux établissements publics et d'utilité publique* (1896), t. Ier, p. 210 et suiv. Il faudrait y joindre plusieurs établissements publics créés depuis 1896.

essentielles que la jurisprudence et la doctrine avaient été amenées à dégager et à préciser.

II.

Dans les premiers ouvrages sur l'ensemble du droit administratif, on avait cru devoir présenter l'exposé des institutions par lesquelles s'accomplit l'œuvre de l'administration qui est, à la fois, une œuvre de commandement et de police dans le sens large du mot et une œuvre de gestion des services publics organisés pour donner satisfaction aux besoins collectifs des citoyens, en les classant d'après leur physionomie extérieure et leur mode d'opérer. On distinguait l'administration active de l'administration consultative dans les diverses circonscriptions du territoire; la première se présentant sous la forme d'un agent unique, sauf de rares exceptions; la seconde, sous la forme d'une assemblée, la première agissant, la seconde donnant des avis. C'était l'application fidèle de la formule employée par Rœderer dans l'exposé des motifs de la loi du 28 pluviôse an VIII, qui condamnait les administrations collectives mises en pratique par les lois qui avaient successivement régi les départements, les districts, les cantons et les communes depuis 1789 : « Agir est le fait d'un seul, délibérer est le fait de plusieurs. »

Jusqu'au moment où l'élément électif a été introduit de nouveau dans les conseils municipaux, les conseils d'arrondissement et les conseils généraux après la révolution de 1830, ce procédé d'exposition pouvait n'avoir pas d'inconvénients graves. Mais à mesure que les attributions propres de ces conseils se développaient, par suite du progrès de la décentralisation, à mesure qu'ils prenaient, au lieu du rôle d'assemblées consultatives, celui d'assemblées dirigeantes, soumises à un contrôle de plus en plus restreint de la part de l'autorité supérieure et imposant leur volonté, sauf ce contrôle, au représentant du pouvoir exécutif choisi par le gouvernement ou nommé par eux, il était impossible de donner une idée juste de l'organisation administrative, si l'on ne présentait pas, dans deux groupes séparés, les agents et les conseils chargés de l'administration des intérêts généraux représentés

par l'Etat et les agents et conseils chargés de l'administration des intérêts locaux, représentés par les départements et les communes.

Ce n'est pas tout. Après la représentation de l'ensemble des intérêts généraux et celle de l'ensemble des intérêts locaux des différentes circonscriptions, il fallait signaler la représentation de certains intérêts spéciaux qui avaient tantôt un caractère national, tantôt un caractère local, mais dont les organes, disposant de ressources propres, combinées, dans des proportions diverses, avec les ressources qui leur venaient de l'Etat, des départements et des communes, remplissaient aussi une mission publique et concouraient à la gestion des services publics. Il fallait donner une place dans la série des institutions administratives aux établissements publics créés pour participer à la gestion des services du culte, de l'instruction publique, des beaux-arts, de l'assistance, de la prévoyance, dans l'intérêt du commerce, de l'agriculture et en vue de l'exécution de certains travaux d'intérêt commun.

C'est ce que nous nous sommes attaché à faire quand nous avons été appelé, il y a longtemps, à professer le droit administratif à l'Ecole nationale des ponts et chaussées (1). D'autres ont repris cette idée après nous. Elle nous paraît toujours juste et utile, à la condition que, dans l'exposé du groupe des établissements publics, on ne cherche à mettre en relief que l'organisation proprement dite et qu'on réserve le détail des attributions pour l'étude des services publics eux-mêmes où l'on doit voir ces personnes en action.

Quoiqu'il en soit de l'utilité de ce cadre pour faire ressortir les principes, c'est dans la réunion de ces deux éléments, être l'organe d'un service public constitué par la législation et être investi de la personnalité civile, du droit d'acquérir et d'aliéner et d'ester en justice pour défendre ses droits propres, que se trouve le caractère essentiel de l'établissement public.

Cette doctrine nous paraît implicitement consacrée d'une manière très nette par les art. 1er et 4 de la loi du 4 février 1901.

(1) *Conférences sur le droit administratif*, 3e édit., 1885, t. Ier, p. 349 et suiv.

L'art. 1er dispose que « les dons et legs faits à l'Etat et aux services nationaux qui ne sont pas pourvus de la personnalité civile sont autorisés par décrets du Président de la République ». L'art. 4 parle des dons et legs faits aux établissements publics. Il donne au préfet le pouvoir d'en autoriser l'acceptation si l'établissement gratifié a le caractère communal ou départemental et réserve ce pouvoir au gouvernement en Conseil d'Etat quand il a le caractère national.

Qu'est-ce à dire? Voilà bien l'Etat et les services publics non pourvus de la personnalité civile distingués des services auxquels la personnalité civile a été conferée, services dont les uns ont le caractère national, c'est-à-dire sont entretenus, en principe, aux frais de l'Etat et répondent à un besoin collectif du pays tout entier; les autres qui ont le caractère communal ou départemental, et ont une vie distincte de l'Etat, du département et de la commune.

Le rapport fait au nom de la commission de la Chambre des députés par l'auteur de la proposition de loi, M. Bienvenu Martin, ne laisse pas de doutes sur la portée que l'on doit attribuer au texte de l'art. 1er et de l'art. 4. Parlant d'abord des dons et legs faits à l'Etat, il s'exprime ainsi : « L'Etat, pris comme personne morale, est apte à recevoir des libéralités et il en reçoit fréquemment. Ces libéralités s'adressent d'ordinaire moins à l'Etat qu'aux services nationaux; mais si les services gratifiés ne possèdent pas la personnalité civile, ils se confondent avec l'Etat lui-même et c'est l'Etat, représenté par le ministre sous l'autorité duquel est placé le service intéressé, qui intervient pour accepter ou pour refuser. C'est ainsi que le ministre de la guerre accepte les dons et legs faits à un regiment, aux Ecoles polytechnique et de Saint-Cyr, le ministre de l'instruction publique à ceux qui sont faits aux Ecoles nationales qui dépendent de son département, etc., (1). »

(1) On nous permettra de signaler en passant que cette disposition paraît écarter une doctrine très savamment soutenue par MM. Marquès di Braga et Lyon dans leur *Traité des obligations et de la responsabilité des comptables publics* (t. II, p. 40 et suiv.), d'après laquelle la personnalité civile de l'Etat devrait être démembrée entre les différents ministères et les diffé-

Pour commenter ensuite l'art. 4, il fait allusion à la doctrine que nous avons soutenue dans nos *Conférences sur le droit administratif*. « Nous prenons le mot établissements publics, dit-il, dans le sens que lui a donné la définition de M. Aucoc, c'est-à-dire qu'il comprend les personnes morales, qui, distinctes de l'Etat, des départements ou des communes, ont été créées pour la gestion des services publics : tels sont les bureaux de bienfaisance, les hospices et hôpitaux, les universités. »

Mais il importe de remarquer, après avoir constaté ces caractères essentiels des établissements publics. qu'il y a beaucoup de nuances dans leur constitution et dans la proportion entre leurs ressources propres et celles qu'ils reçoivent de l'Etat, des départements ou des communes. Les uns vivent exclusivement ou presque exclusivement avec leurs ressources propres, les autres n'y trouvent qu'un complément plus ou moins large des fonds qui leur sont attribués sur le budget de l'Etat ou des localités. On le verra par quelques exemples.

Les chambres de commerce pourvoient aux dépenses du service dont elles sont chargées avec les contributions qu'elles prélèvent sur les commerçants, en vertu de l'autorisation du législateur et, dans certains cas, elles arrivent, avec le produit des taxes dont elles disposent, à gager des emprunts et à prêter de l'argent à l'Etat pour mener plus rapidement à terme les travaux d'amélioration des ports de mer.

L'ordre de la Légion d'honneur est propriétaire des bâtiments dans lesquels sont installées la grande chancellerie et les maisons d'éducation de Saint-Denis, d'Ecouen et des Loges ; il a de larges ressources provenant d'immeubles et de valeurs mobilières.

Les hospices et hôpitaux sont propriétaires des bâtiments où fonctionne leur service d'assistance, et ils jouissent du revenu de la dotation en immeubles et en valeurs mobilières qui leur a été

rents services publics auxquels la loi ou les règlements ont donné le droit d'agir en justice pour représenter l'administration ou le Trésor public. La loi nouvelle, conforme à la jurisprudence du Conseil d'Etat, ne fait allusion qu'a la capacité juridique de l'Etat, soit que la libéralité lui ait été adressée sous son nom, soit qu'elle lui ait été adressée au profit spécial d'un des très nombreux services qui ne sont pas dotés de la personnalité civile.

restituée au début du siècle pour réparer les confiscations révolutionnaires.

Les Fabriques des églises catholiques n'ont ni la propriété des églises paroissiales, ni celle des presbytères qui, en général, appartiennent aux communes, tandis que les cathédrales et les palais épiscopaux appartiennent à l'État. Elles vivent principalement avec le produit de dons volontaires et de taxes qu'elles sont autorisées à prélever sur les fidèles. Le concours qu'elles avaient le droit de réclamer des communes pour certaines de leurs dépenses a été notablement restreint, aprés une vive discussion, par la loi du 5 avril 1884. Il en est de même des consistoires protestants et israélites.

Les universités et les facultés n'ont pas non plus la propriété des bâtiments où elles sont installées. Leurs ressources propres se composent surtout de droits prélevés sur les étudiants, recettes détachées du budget de l'Etat par la loi du 10 juillet 1896 et des subventions annuelles accordées par l'État; celles qui leur viendront de dons et legs pourront, avec le temps, être importantes. Pour les lycées, les dons et legs sont loin de constituer une ressource qui soulage le budget de l'État.

L'Institut de France, installé dans des bâtiments appartenant à l'Etat et qui puise dans le budget de l'Etat les ressources nécessaires pour les dépenses du personnel et du matériel, est propriétaire, en vertu de la célèbre donation du duc d'Aumale, du domaine de Chantilly renfermant, avec ses bois et forêts, le château, ses richesses d'art et sa précieuse bibliothèque dont il est charge de faire jouir le public. Mais il ne serait pas en mesure de remplir dignement la mission qui lui a été confiée par les constitutions de l'an III et de l'an VIII et par les lois et règlements qui ont déterminé les travaux dont il est chargé, si de nombreuses fondations, adressées à l'Institut tout entier ou aux académies entre lesquelles il est divisé, ne lui avaient permis d'ajouter des sommes considérables à celles que l'Etat affecte chaque année aux prix à décerner pour les œuvres remarquables qui se produisent dans les différentes branches des connaissances humaines.

L'établissement public formé de la réunion des musées nationaux du Louvre, de Versailles, de Saint-Germain et du Luxembourg,

loin d'être propriétaire des palais où sont installés les musées et des richesses d'art qu'ils renferment, n'a même pas la propriété des objets achetés avec les fonds qu'il a recueillis; ces acquisitions se font par le ministre des beaux-arts, au nom de l'Etat. Il n'est propriétaire que des fonds qu'il recueille pour les affecter à l'accroissement des musées et qu'il aliène, quand l'occasion est favorable, pour enrichir l'Etat.

Voilà bien des nuances, il ne faut pas s'y arrêter; la personnalité civile des établissements reste toujours la même, quelle que soit l'étendue des ressources auxquelles elle s'applique. L'essence du droit ne varie pas suivant l'usage qu'on en fait.

On ne doit pas non plus s'attacher à la circonstance que l'établissement aurait ou n'aurait pas un budget spécial et une individualité financière. Assurément, c'est un signe extérieur qui met bien en relief la personnalité civile. On le voit pour les universités ou facultés dont le budget, d'après le décret du 22 juillet 1897, comprend, parmi les recettes, les revenus des biens meubles et immeubles appartenant à l'établissement, le produit des droits abandonnés par l'Etat, les subventions prélevées sur les sommes inscrites au budget de l'Etat pour les dépenses du personnel et du matériel. Il en est de même pour les établissements généraux de bienfaisance (maison de Charenton, hospice des Quinze-Vingts, Jeunes aveugles, Sourds-muets de Paris et de Bordeaux, etc. (1). Mais cette circonstance n'est pas indispensable. MM. Marquès di Braga et Camille Lyon, dans leur *Traité des obligations et de la responsabilité des comptables publics*, ont très solidement établi que l'individualité financière et la personnalité civile n'ont pas de lien nécessaire, que tel service qui a un budget spécial n'a pas de personnalité, par exemple, l'Imprimerie nationale, et que le cas inverse est plus fréquent encore (2).

Il y a aussi bien des variétés dans le but assigné aux différents établissements publics et dans la composition du personnel de ces établissements, où l'on voit tantôt des membres de droit institués par la loi, tantôt des membres nommés par l'administration

(1) Ordonnance royale du 21 février 1841.
(2) T. II, p. 39 à 150.

supérieure, tantôt des membres élus par des électeurs spéciaux. Il convient donc d'adopter pour les signes caractéristiques des établissements publics une formule large qui puisse répondre à ces variétés et à ces nuances.

Ainsi, on aurait tort, à notre avis, de chercher à trop préciser toutes les conditions dont la réunion constitue un service public (circonscription territoriale, personnel, matériel, etc.), ou bien à discuter sur la différence qui pourrait exister entre les intérêts collectifs auxquels l'administration générale ou locale du pays s'applique à donner satisfaction et les intérêts collectifs spéciaux en vue desquels ont été institués les établissements publics. L'œuvre de l'administration ne change pas de nature, suivant qu'elle est accomplie par l'un ou l'autre de ses organes. Dans les mains de l'Etat, des départements ou des communes ou dans celle des établissements publics, il s'agit de pourvoir à des besoins de l'ordre moral, de l'ordre intellectuel ou de l'ordre économique Les intérêts collectifs sont toujours une réunion plus ou moins étendue d'intérêts privés et la spécialité, qui est de l'essence d'un établissement public, doit restreindre plutôt qu'étendre la collectivité au profit de laquelle il fonctionne. En somme, un service public, c'est une organisation, décrétée par le législateur ou dirigée par l'administration en exécution des décisions du législateur, pour satisfaire un des besoins collectifs dont l'Etat ou ses fractions ont assumé la charge, à raison de l'incapacité ou de l'insuffisance présumee de l'initiative privée. Qu'on discute, au point de vue de l'économie politique et de la politique, sur le point de savoir s'il est sage d'étendre le rôle de l'administration et des services publics comme la démocratie n'en a que trop la tendance, nous le comprenons. Mais, au point de vue de l'application de la loi, les services publics gérés par les établissements publics ont le même caractère que ceux qui sont gérés par l'Etat, les départements et les communes.

Faut-il admettre parmi les caractères essentiels de l'établissement public « qu'il fait partie intégrante de l'administration ou qu'il s'y rattache d'une manière intime? » A notre avis, ce n'est pas un caractère démontrable juridiquement et dont un établissement soit obligé de faire la preuve devant les juges, quand sa

qualité est contestée. C'est une expression de pure doctrine, employée par les auteurs pour faire ressortir les conséquences de la mission donnée aux établissements publics par la loi ou les règlements, et c'est toujours par la gestion d'un service public qu'il y aura lieu de reconnaître si un établissement fait ou non partie intégrante de l'administration.

Cette formule a précisément donné lieu à un dissentiment entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation sur la question de savoir si les associations syndicales autorisées qui peuvent être instituées, en vertu de la loi du 21 juin 1865, pour l'exécution et l'entretien de travaux d'intérêt collectif, l'endiguement des torrents, le desséchement des marais, etc., sont des établissements publics. La Cour de cassation refusait d'admettre que des associations de propriétaires, même investis de privilèges qui n'appartiennent qu'à l'administration, droit de contrainte à l'égard de la minorité, droit d'expropriation pour cause d'utilité publique, assimilation de leurs travaux aux travaux publics, recouvrement des taxes dans les mêmes formes que les contributions directes, fussent autre chose que des établissements d'utilité publique. Elle n'y voyait qu'une collection d'intérêts privés et ne pouvait considérer ces associations de propriétaires comme « une partie intégrante de l'administration (1) ». Le Conseil d'Etat n'a pas affirmé que ces associations faisaient partie intégrante de l'administration, mais il a tiré du fait de leur institution par l'autorité publique et dans les conditions prévues par la loi, de leur but qui rentre dans l'œuvre de l'administration, des privilèges spéciaux qui leur étaient conférés par la loi pour arriver à ce but, la conclusion qu'elles étaient des établissements publics, et le tribunal des conflits vient de confirmer nettement la jurisprudence du Conseil d'Etat (2).

Restons-en donc aux caractères essentiels consacrés par la tradition constante du Conseil d'Etat, acceptée par la doctrine et ratifiée par la loi du 4 février 1901.

(1) Arrêt de la Cour de cassation du 1er décembre 1886 (*Compagnie française d'irrigation du canal des Alpines*).

(2) Arrêt du Conseil d'Etat du 13 juillet 1889 (Syndicat des *Marais du Petit-Poitou*). — Décision du tribunal des conflits du 9 décembre 1899 (*canal de Gignac*).

III.

La loi du 4 février 1901 n'a pas apporté seulement aux établissements publics le bénéfice d'une définition plus nette des caractères auxquels on peut les reconnaître. Elle leur apporte des avantages plus tangibles en modifiant les règles antérieurement suivies pour l'autorisation et l'acceptation des dons et legs.

D'après l'art. 4, les établissements publics acceptent et refusent, sans autorisation de l'administration supérieure, les dons et legs qui leur sont faits sans charges, conditions ni affectation immobilière.

Il y a là une innovation considérable, la suppression de l'autorisation de l'administration supérieure pour l'acceptation d'une libéralité faite à un établissement public. Une innovation analogue avait déjà été introduite dans les lois municipales de 1867 et de 1884, et dans la loi départementale de 1871. La nouvelle loi, qui consacre et étend ces innovations, en fait aussi l'application aux établissements publics.

Toutefois il faut remarquer d'abord que cette exception est limitée au cas assez rare où les dons et legs ne sont pas grevés de charges, conditions ou affectation immobilière.

Il faut remarquer, en second lieu, que, d'après l'art. 7, dans tous les cas où les dons et legs donnent lieu à des réclamations des familles, l'autorisation de les accepter doit être donnée par décret en Conseil d'État. Cela limite encore l'exception.

La nécessité de l'intervention d'un décret en Conseil d'État, même quand il n'y a pas de réclamation des familles, a été maintenue, pour les dons et legs grevés de charges, de conditions ou d'affectation immobilière, quand l'établissement bénéficiaire a le caractère national (art. 4 § 2). Le préfet statue si l'établissement a un caractère départemental ou communal.

Par suite d'une préoccupation qui est particulièrement intense en ce moment, les règles nouvelles relatives à l'autorisation des dons et legs n'ont pas été étendues aux établissements publics du culte, non plus qu'aux congrégations et communautés religieuses autorisées.

Mais l'art. 8 a donné à tous les établissements publics et d'utilité publique le bénéfice de l'acceptation provisoire, sans autorisation préalable, sur lequel il est utile de s'expliquer.

Cet article est ainsi conçu : « Tous les établissements peuvent, sans autorisation préalable, accepter provisoirement et à titre conservatoire les dons et legs qui leur sont faits. »

Les établissements publics ont déjà l'habitude, quand une libéralité leur est faite, de délibérer sur le point de savoir s'il leur convient de l'accepter ou de la refuser, et quand ils croient devoir l'accepter, ils ne le font qu'à titre provisoire en chargeant ceux qui ont mission de gérer leurs intérêts de faire auprès de l'administration supérieure les démarches nécessaires pour obtenir l'autorisation. Ce n'est qu'après l'autorisation qu'on fait l'acceptation définitive des donations ou la demande en délivrance des legs.

Si l'on n'avait pas voulu faire autre chose que de consacrer la pratique actuelle, l'art. 8 de la loi nouvelle aurait été inutile. Ce que la loi de 1901 a voulu, c'est permettre une acceptation provisoire ayant des effets légaux à l'égard du donateur et des héritiers du testateur, effets légaux qui constituent pour les établissements publics des avantages importants.

Jusqu'ici, pour les établissements publics, une donation ou un legs ne pouvant avoir aucun effet, en vertu de l'art. 910 du Code civil, qu'après l'autorisation de l'administration supérieure qui exige toujours un délai plus ou moins long, ces établissements subissaient ou étaient exposés à subir de sérieux préjudices.

Ainsi pour une donation, le donateur pouvait révoquer sa libéralité pendant les délais de l'instruction administrative. S'il venait à mourir dans la même période, la libéralité qui n'avait pas pu être acceptée par acte authentique s'évanouissait, à moins que les héritiers ne consentissent à la reprendre pour leur propre compte. En outre, les intérêts et fruits de la chose donnée ne couraient au profit de l'établissement bénéficiaire qu'à partir de l'acceptation par acte authentique, si le donateur n'en décidait pas autrement.

Pour les legs, il n'y avait de préjudice à subir qu'en ce qui concerne les intérêts et fruits ; mais, dans le cas de libéralité im-

portante et d'une instruction prolongée par suite des réclamations des familles, le dommage pouvait n'être pas insignifiant. En effet les intérêts et fruits ne courent, en général, au profit des légataires qu'à partir de la demande en délivrance, et la demande en delivrance ne pouvait être faite qu'après l'autorisation de l'administration supérieure. Il n'y avait d'exception que dans les cas où, pour un legs particulier, le testateur avait expressément stipulé que les intérêts courraient, à partir de sa mort, au profit du légataire et celui où l'établissement gratifié avait reçu un legs universel et ne se trouvait pas en présence d'héritiers à réserve (art. 1004, 1005, 1006, 1011, 1014 et 1015 du Code civil).

Ces inconvénients avaient été signalés lors de la discussion du Code civil, du moins en ce qui touche les donations entre vifs. On avait passé outre par crainte d'affaiblir le principe de la nécessité d'une autorisation du gouvernement.

Toutefois, en 1811, le ministre de l'Intérieur (M. de Montalivet), après s'être concerté avec le ministre des Cultes (M. Bigot de Préameneu), avait présenté au Conseil d'Etat un projet de décret qui, pour laisser aux héritiers des testateurs le temps de donner leur consentement ou de former leur opposition à la délivrance des legs faits aux établissements publics, interdisait de soumettre à l'Empereur les propositions d'autorisation pendant les trois mois qui suivaient l'ouverture des testaments. En compensation de ce délai imposé aux établissements légataires, l'art. 4 du projet faisait courir les intérêts à leur profit à partir du jour de l'ouverture du testament.

Ce projet, dont nous avons donné le texte et l'exposé des motifs en 1855, d'après le dossier conservé alors (avant l'incendie de 1871) dans les archives du Conseil d'Etat, fut discuté à la section de l'Intérieur et à l'Assemblée générale; il ne fut pas adopté (1).

Mais la question a été reprise lors de la discussion des lois sur l'administration municipale et départementale, sous le gouvernement de Juillet et le législateur a remédié à ces inconvénients au profit des communes et des départements d'abord, puis, un peu

(1) *Des libéralités faites aux communes et autres établissements publics*, *Ecole des communes*, 1855, p. 88 et suiv.

plus tard, au profit des hôpitaux et hospices. D'après les lois de 1837, 1838 et 1851, une acceptation provisoire et à titre conservatoire des libéralités peut être faite avant l'autorisation, et l'effet de l'autorisation remonte au jour de l'acceptation provisoire (1).

Il en résulte que l'acceptation provisoire de la donation lie définitivement le donateur et que, pour les legs, la demande en délivrance peut être faite immédiatement, de façon à faire courir les intérêts au profit de l'établissement légataire. Mais ces bénéfices ne seront acquis à titre définitif que si, postérieurement, l'autorité compétente autorise l'acceptation de la libéralité (2).

Il n'y avait aucune raison pour ne pas étendre ces dispositions à tous les établissements publics et d'utilité publique. Le législateur est resté cinquante ans sans s'y décider. En attendant un arrêt de la Cour de cassation en date du 12 novembre 1866, très contestable, l'avait accordé aux bureaux de bienfaisance, considérés comme établissements communaux. La loi du 15 juillet 1893, sur l'assistance médicale gratuite, avait dans son art. 11, donné ce privilège aux bureaux d'assistance qu'elle a créés. L'établissement des musées nationaux, créé par la loi du 16 avril 1895, avait reçu ce privilège par le décret du 14 janvier 1896 qui l'a organisé (art. 11) et la même mesure avait été prise pour les universités, les facultés et les écoles d'enseignement supérieur, par le décret du 21 juillet 1897 (art. 3). On pouvait dire toutefois que ces deux décrets empiétaient sur le domaine législatif, en modifiant l'art. 910 du Code civil, et restaient contestables.

La nouvelle loi, dans son art. 8, applique ce régime à tous les établissements publics et d'utilité publique. La rédaction du texte n'est peut-être pas aussi complète que cela eût été utile pour le faire comprendre à ceux qui ne connaissent pas les précédents

(1) Voir pour les communes, les lois du 18 juillet 1837 (art. 46) et du 3 avril 1884 (art. 113); pour les départements, les lois du 10 mai 1838 (art. 31) et du 10 août 1871 (art. 53); pour les hôpitaux et hospices, la loi du 7 août 1851 (art. 11).

(2) Arrêts de la Cour de cassation des 12 novembre 1866 et 1er février 1875 (Dalloz, 1866, I, 378; 1875, I, 249), — Arrêts de la Cour de Paris, 19 mai 1851 (Dalloz, 1851, II, 223); Cour de Montpellier, 4 juin 1855 (Dalloz, 1856, II, 126); Cour de Toulouse, 1er mai 1868 (Dalloz, 1869, II, 91).

relatifs aux communes, aux départements, aux hospices, etc. On a omis de signaler l'effet rétroactif de l'autorisation au jour de l'acceptation provisoire. Mais l'intention du législateur n'est pas douteuse. L'exposé des motifs de l'auteur de la proposition de loi, les rapports faits au nom des Commissions de la Chambre des députés et du Sénat sont explicites et concordants, et si l'art. 8 n'avait pas le sens que nous indiquons, il n'aurait aucun sens.

Telle est la portée de la loi du 4 février 1901. Elle a introduit, au sujet des établissements publics, la correction dans le langage qui est l'origine et le résultat de l'ordre et de la clarté dans les idées. Elle a pour un grand nombre d'établissements, dans certains cas, supprimé des formalités inutiles et elle a facilité la prise de possession des libéralités faites aux établissements de toute nature. Elle mérite d'être louée au point de vue scientifique.

LÉON AUCOC.

PORTÉE JURIDIQUE DE LA CLAUSE D'IMPUTATION D'UNE DOT SUR LA SUCCESSION DU PRÉMOURANT DES DONATEURS ET SUBSIDIAIREMENT SUR CELLE DU SURVIVANT,

Par M. Léon HENRY, juge.

Il est une clause des plus fréquentes dans les contrats de mariage; et la saine interprétation de cette clause est d'une importance capitale pour les partages et liquidations. Les père et mère constituent à un enfant commun une dot effectivement payée, *en avancement d'hoirie, imputable sur la succession du premier mourant des donateurs et subsidiairement sur celle du survivant.*

Ce genre de libéralité présente des avantages pratiques et favorise les dotations, en épargnant au survivant des donateurs un sacrifice disproportionné à l'état de ses ressources personnelles, tout en assurant l'égalité entre les enfants communs, au plus tard après le décès du dernier mourant des père et mère.

Il n'y a pas de difficulté sérieuse lorsque la succession du donateur premier décédé est suffisante pour attribuer aux cohéritiers du donataire une part égale au montant de la dot reçue. En

ce cas, le rapport en moins-prenant se fait tout entier à cette première succession, avec les conséquences que nous allons observer.

Mais quels sont les effets légaux de cette clause de double imputation, lorsque les forces de la succession du premier mourant des donateurs sont insuffisantes pour assurer au donataire, en moins-prenant, une part héréditaire égale à la valeur de la donation? Quelles sont les conséquences juridiques de cette stipulation, au point de vue du rapport successoral et des récompenses, spécialement quand la dot a été fournie en valeurs de communauté?

La Cour de cassation, par l'arrêt de la Chambre civile du 2 mai 1899 (1), conforme sur ce point à la jurisprudence et même à l'arrêt cassé de la Cour de Paris (2), décide implicitement, mais positivement, que le donataire doit, dans tous les cas, quelle que soit la faiblesse de la première succession ouverte, effectuer à cette succession le rapport *réel et intégral* de la dot constituée en avancement d'hoirie.

Si le partage de l'hérédité augmentée de ce rapport effectif ne laisse au donataire qu'une part inférieure à sa dot, il aura, d'après la Chambre civile, pour s'indemniser de la perte résultant du rapport, un recours en garantie contre le survivant des donateurs resté garant de la dot en vertu de l'art. 1440 C. civ. L'enfant doté pourra ainsi répéter la différence entre le montant total de sa dot et la somme moindre qu'il reprend en définitive à titre de part héréditaire.

Exemple : les père et mère ont constitué et payé à leur enfant une dot de 100,000 francs, avec la clause de double imputation successorale. La succession du premier mourant des donateurs ne présente qu'un actif net de 20,000 francs. Il y a trois enfants cohéritiers, dont le donataire. Celui-ci rapporte *effectivement* 100,000 francs et ne retire, pour sa part, que 40,000 francs. Il se retourne contre le donateur survivant et lui demande, à titre de garantie, de lui reverser 60,000 francs.

(1) *Pandectes*, 1900. 1. 25; Dalloz, 99. 1. 105; *Gaz. Pal.*, 99. 1. 12. L'arrêt de cassation renvoie devant la Cour d'Orléans.

(2) Paris, 12 juin 1896, *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, n° 9660 ; Paris, 16 mars 1850, S. 50. 2. 321 ; D. 50. 2. 167.

Les deux parents donateurs sont ainsi considérés de plein droit comme ayant voulu donner la dot, non pas seulement l'un à défaut de l'autre et une fois pour toutes, mais aussi l'un à la succession de l'autre et, au besoin, par un dépouillement itératif du même donateur Car la Cour suprême, pour accorder ce recours, ne paraît même pas distinguer entre le cas où la dot a été payée en fonds de communauté et celui où elle a été une première fois fournie en valeurs propres à l'époux survivant. (Dans l'espèce, la dot avait été solidairement constituée par le père et la mère.)

Cette solution ne nous semble point juridique; elle se heurte à des contradictions qui nous la font juger inadmissible. Nous préférons la décision contraire, postérieurement rendue et sérieusement motivée par le tribunal de Niort.

Le rapport doit se faire tout entier à la succession du donateur. Mais quel est, d'après notre clause d'imputation, le véritable donateur au regard du donataire? On le saura au décès du premier mourant; et la solution dépendra des forces de sa succession. Si elle est suffisante pour assurer aux enfants non encore apportionnés une part égale à celle de l'enfant alloti par voie de constitution de dot, celui-ci imputera l'intégralité de sa dot sur la succession du prémourant des donateurs; et il la retiendra à titre de part héréditaire, jusqu'à due concurrence. Après ce rapport en moins-prenant, il n'aura plus ensuite rien à rapporter à la succession ultérieure du survivant.

Dans ce cas où la succession première ouverte est suffisante pour assurer en moins-prenant à l'enfant donataire une part nette égale à sa dot, le premier mourant, définitivement réputé seul donateur, devra par cela même supporter les charges dérivant de cette qualité; et, en conséquence, ce sera sa succession qui devra payer la totalité de la récompense due à la communauté pour l'avance que celle-ci aura faite de la dot.

Si, au contraire, la succession première ouverte n'a aucun actif en dehors de la valeur donnée, le premier mourant sera censé n'avoir point été donateur; sa succession ne recevra aucun rapport et ne devra aucune récompense à la communauté. Le survivant, considéré comme unique donateur, devra récompense

du montant total de la dot; et, à son décès, mais alors seulement, toute cette dot, donnée et réalisée en avancement d'hoirie, sera effectivement rapportée à sa succession.

Si, enfin, la succession première ouverte a quelque actif et peut seulement assurer aux cohéritiers du donataire une part nette inférieure au montant de la dot constituée, le donataire imputera sur cette succession une part de donation qui devra être égale à la part héréditaire de ses cohéritiers. Autrement dit, il rapportera cette fraction *en moins prenant*. Le premier mourant sera réputé donateur d'une valeur égale à cette part et en devra récompense à la communauté, qui a fait l'avance. Quant au surplus du montant de la donation, il s'imputera différemment : Il sera, encore à titre d'avancement d'hoirie, dûment et effectivement rapportable à la succession du donateur survivant. Celui-ci, étant dès aujourd'hui réputé seul et réel donateur de cet excédent, devra dès aujourd'hui aussi à la communauté récompense de pareille somme (1).

Nous ne voyons pas d'autre application pratique de la double imputation prévue, qui doit se faire éventuellement sur l'une ou l'autre des successions des donateurs, ou en partie seulement sur l'une et sur l'autre, suivant les forces de la première ouverte. Il ne semble pas y avoir d'autre sens possible à la stipulation d'imputation *subsidiaire* sur la succession future du survivant. Nous cherchons vainement un autre moyen de différencier réellement, comme ils doivent l'être, les effets de cette clause d'imputation alternative et les conséquences de la clause tout autre d'imputation pure et simple, ferme et sans condition, sur la seule succession du prémourant.

Considérons les contradictions et les illogismes auxquels aboutissent nécessairement le système de la Cour de cassation et même celui de la Cour de Paris admettant le rapport effectif et intégral à la première succession ouverte. Leur divergence ne porte que sur le recours en garantie contre le survivant.

Les donateurs ont dû se croire libérés par un premier paye-

(1) Ce calcul des deux récompenses correspondantes et conséquemment de la quotité définitive d'actif net de la première succession ouverte est très simplifié par une double équation.

ment effectué de la dot; ils ont voulu surtout alléger le plus possible le sacrifice imposé au *survivant* d'eux; et, si en definitive le sacrifice doit lui incomber, ils ont voulu reculer, *en ce cas*, jusqu'à l'ouverture de sa *succession* le règlement définitif des droits respectifs du donataire et de ses cohéritiers.

Néanmoins, voici à quoi l'on aboutit : la dot payée une première fois a pu l'être des deniers personnels de l'époux qui doit survivre à son conjoint. La clause édictée en faveur du survivant se retourne contre lui. La dot sera rapportée *intégralement et effectivement* à la succession du premier mourant, qui peut n'avoir rien donné de son vivant, et dont la succession peut être impuissante à réaliser aucune libéralité. Le rapport viendra enrichir les cohéritiers d'un insolvable, en leur attribuant une part de libéralité sur laquelle ils n'avaient pas encore le droit de compter, parce que l'une des deux conditions *sine qua non* sous lesquelles le *de cujus*, premier mourant, a voulu donner, c'est-à-dire la solvabilité suffisante de sa succession, a défailli. Au contraire, l'époux véritable donateur, qui s'est, supposons-le, démuni une première fois, devra au besoin se ruiner pour renouveler une seconde fois le payement de la dot; il en sera tenu sans limites; il sera ainsi oblige, contre toute attente, d'anticiper de son vivant l'apurement du compte d'hoirie qui devait n'être qu'un élément du partage successoral entre ses héritiers, après son décès.

Le rapport, ainsi effectué tout entier et *dans tous les cas* à la succession de celui qui n'est pas en réalité et ne saurait être réputé donateur, ne pourra plus être ultérieurement renouvelé à la succession de celui qui aura été doublement donateur par deux réalisations successives, et qui n'a expressément donné qu'*en avancement d'hoirie*. Une seule et même chose ne peut en effet être rapportée deux fois à deux hérédités différentes et successives. Le rapport réalisé aura été définitivement opéré une fois pour toutes à la succession du premier décédé. — Mais alors que fait-on de l'intention expresse des parties, d'autant plus impérieusement respectable, que le texte même de la stipulation s'accorde avec l'essence des règles légales en cette matière?

Autre embarras : si la dot a été constituée en valeurs tirées de la communauté, celle-ci a droit à une récompense (de même

qu'il serait dû une indemnité à l'époux survivant qui aurait avancé la dot de ses deniers personnels). En principe la récompense est due par celui qui est ou veut être réputé donateur. Par lequel des deux soi-disant donateurs la Cour suprême fera-t-elle payer la récompense? — Il parait difficile de ne pas considerer comme vrai donateur en définitive celui qui, à titre de garant, a payé une seconde fois de ses deniers au moins une partie de la dot (déjà soldée une première fois des deniers communs). Obligera-t-on encore ce survivant à repayer une nouvelle fois la dot à titre de récompense?...

Et d'autre part, comment refuser la qualité de donateur de l'intégralité de la dot à celui dont la succession reçoit le rapport effectif de la totalité de cette dot? On ne peut logiquement répartir la charge de la récompense entre les deux auteurs nominaux de la donation, alors qu'un seul bénéficie du rapport réel et intégral. *Ubi emolumentum, ibi onus.* Et si c'est le prémourant qui, *dans tous les cas*, quoique sa succession soit insolvable, doit être réputé unique donateur, avec toutes les charges attachées à ce titre, que devient encore l'imputation subsidiaire stipulée sur la succession du survivant?

Ces difficultes inextricables semblent des objections péremptoires contre une interprétation et un système dont les conséquences juridiques sont inconciliables.

La garantie *de droit*, dont l'application intempestive heurte si violemment les principes en notre matière, pourra-t elle au moins être mise en mouvement, lorsque le rapport effectif réalisé à la succession du survivant, par l'imputation subsidiaire, viendra réduire en définitive le montant de la dot? L'enfant doté ne retrouvant plus dans sa part successorale une valeur égale à la somme rapportée, a-t-il un recours contre les héritiers du donateur prédécédé, dans l'hypothèse que nous supposons même la plus favorable, c'est-à-dire dans le cas où les deux donateurs ont *solidairement* constitué la dot en avancement d'hoirie?

La garantie consiste à assurer l'execution d'une promesse déterminée contre des éventualités non prevues ou, du moins, non acceptées d'avance par le garanti. La loi, en édictant la garantie *de droit*, présume une convention tacite. Mais cette

simple présomption d'intention cède devant l'expression d'une volonté différente. Les art. 1440 et 1627, C. civ., sur la garantie légale, réservent formellement le droit d'écarter cette charge. Or, l'obligation expressément prévue du rapport effectif et définitif à une succession implique la nécessité acceptée de subir les conséquences aléatoires de ce rapport intégral. La stipulation d'avancement d'hoirie prouve précisément que les parties ont entendu mettre l'égalité du partage entre les enfants, c'est-à-dire l'intérêt général de la famille, au-dessus de l'intérêt particulier du gratifié.

Les donateurs, s'ils sont parents en ligne directe, n'ont même pas voulu que la dot pût simplement s'imputer sur la quotité disponible. A bien plus forte raison sont-ils censés avoir repoussé les complications d'un recours onéreux et peut-être ruineux.

La dot provisoirement avancée à l'un des cohéritiers ne pourra constituer un privilége susceptible d'appauvrir tout le reste de la famille. La quotité définitive en sera subordonnée à la condition de ne pas excéder la portion héréditaire de chaque copartageant. Le respect de cette disposition égalitaire est aussi essentiellement d'ordre public que la faveur due à la stabilité de la dot.

Que penser d'une solution mixte qui consisterait, en cas d'insuffisance de la succession du premier mourant des donateurs, à exiger au minimum le rapport effectif de moitié de la chose donnée à chaque succession, en se prévalant d'un prétendu *droit commun* et des termes de l'art. 1438, C. civ.? « Si le père et la mère ont doté conjointement l'enfant commun, *sans exprimer la portion pour laquelle ils entendaient y contribuer*, ils sont censés avoir doté chacun pour moitié, soit que la dot ait été fournie ou promise en effets de la communauté, soit qu'elle l'ait été en biens personnels à l'un des deux époux. »

M. Labbé adopte cette solution mixte dans une note où il semble d'ailleurs contredire sa propre thèse en admettant aussi, comme la Cour de cassation, un rapport total à la succession du prémourant, avec recours possible de la part du donataire contre le survivant (1).

(1) Sirey, 83. 1. 289.

La Cour de Paris, par un arrêt du 10 août 1843, avait ordonné le rapport de moitié de la dot à chaque succession, alors que la donation déclarait cette dot imputable en entier sur la succession du prémourant (1).

Nous ferons la même réponse que plus haut. Le droit commun qu'on invoque et la présomption simple édictée par l'art. 1438, C. civ., n'ont rien à voir dans l'espèce que nous étudions. Ce même art. 1438 réserve formellement aux père et mère dotant conjointement la faculté de faire connaître la portion pour laquelle chacun entend y contribuer. C'est seulement à défaut de volonté exprimée par eux qu'ils sont censés avoir doté chacun pour moitié. Or, ou bien la clause en question est un non-sens, ou bien elle veut dire que les père et mère ont entendu régler la proportion éventuelle pour laquelle chacun d'eux contribuerait à la donation; les parents donateurs ont subordonné la solution à une double condition, celle du prédécès de l'un ou de l'autre et celle des forces suffisantes ou non de la succession du premier décédé. Il faut donc respecter l'intention et la volonté manifestées par les parties, et la solution transactionnelle, qui n'en tient pas compte, paraît inadmissible.

Voici le texte du jugement de Niort (2) consacrant une jurisprudence que le tribunal applique avec continuité jusqu'à ce jour.

« Attendu que les époux Picard-Babouard ont constitué à leur fils Emile Picard une dot de 3350 fr., *en avancement d'hoirie, pour en faire l'imputation sur la succession du prémourant, et subsidiairement sur celle du survivant*; — Attendu que la succession du père donateur premier décédé est insuffisante pour remplir d'une valeur égale à cette dot l'enfant non encore apportionné; — Attendu que ladite dot ayant été payée en valeurs de communauté, une récompense de pareille somme est due à la masse commune; et qu'en raison de la double imputation à faire sur les successions des deux donateurs, vu l'insuffisance de la succession du mari, première et seule actuellement ouverte,

(1) Dalloz, 50. 2. 167.

(2) Tribunal civil de Niort, 13 juillet 1899.

cette charge de récompense devra être répartie entre les deux parents donateurs; que finalement la récompense sera supportée par la succession du mari jusqu'à concurrence de la part héréditaire d'actif net que le donataire y rapportera en moins-prenant, c'est-à-dire retiendra en imputation sur sa part d'hoirie, et par la veuve survivante pour le surplus; - Quant au rapport de cette dot de 3350 fr. par le cohéritier donataire, attendu qu'Emile Picard ne peut être réputé tenir sa donation de son père décédé que jusqu'à concurrence de sa part héréditaire dans la succession du donateur, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de la part d'actif net revenant au cohéritier non alloti; Que cependant le notaire liquidateur fait rapporter effectivement à la succession du donateur premier décédé l'intégralité de la somme donnée, en se basant sur la clause d'avancement d'hoirie, et en se conformant à la solution implicite d'un récent arrêt de la Cour de cassation; — Mais attendu que la clause de double imputation sus-rappelée ne permet le rapport qu'en moins-prenant à la succession du père prémourant, en réservant le rapport effectif à la succession de la mère survivante de tout ce qui n'aura pas été imputé sur la succession du père premier mourant; — Qu'en effet, en cas d'insuffisance de la succession du prémourant pour assurer par ses seules forces la totalité de la dot constituée, une partie de la donation est stipulée imputable sur la *succession* du survivant, et, par conséquent, rapportable à cette succession; qu'il y a une contradiction inadmissible à faire rapporter effectivement à la succession du prémourant la totalité de la chose donnée, et à décider en même temps : 1° que le donataire partiellement dépossédé par la restitution et la mise en partage immédiat du tout, aura un recours en garantie, pour la partie dont il est ainsi privé, contre le donateur survivant tenu de compléter la dot réduite; et 2° que néanmoins le donataire rempli de sa dot par le recours en garantie contre le survivant, ne devra aucun rapport à la succession de ce garant, donateur effectif, parce que le rapport d'une même chose, une fois fait en totalité à une première succession, ne peut incontestablement être une deuxième fois dû en tout ou en partie à une seconde hérédité; — Attendu que ce rapport intégral et effectif fait à la succession du prémourant,

comme s'il n'y avait pas de clause d'imputation subsidiaire, aurait cette conséquence encore doublement contradictoire : que le prémourant, réputé donateur de la totalité de ce qui est rapporté à sa succession, devrait par cela même payer seul la récompense de cette totalité à la communauté qui a fait l'avance, alors que le survivant, garant de la dot, serait cependant le donateur effectif, immédiatement tenu de reverser réellement une partie de cette dot au donataire ; — et attendu que le rapport actuel et intégral entraînant ce recours en garantie ne se concilie pas avec la clause qui n'a prévu de règlement définitif qu'après le décès des deux donateurs, en ordonnant seulement des imputations sur leurs *successions*, c'est-à-dire des rapports éventuels à ces deux hérédités ; — Par ces motifs, — Dit qu'il est dû à la communauté une récompense de 3350 fr., montant de la dot d'Emile Picard ; — Que la charge de cette récompense sera répartie entre les deux donateurs et supportée, vu l'insuffisance de la succession du prémourant, par cette succession jusqu'à concurrence de la part héréditaire d'actif net que le donataire y rapportera en moins-prenant, comme il va être spécifié, et par la mère survivante pour le surplus ; — Dit que la succession d'Emile Picard, donataire de 3350 fr., devra rapporter en *moins-prenant* à la succession de son père une somme égale à sa part héréditaire nette, c'est-à-dire une somme égale à la part d'actif net revenant à sa cohéritière non encore allotie ; et qu'après cette imputation, tout le surplus de la dot devra être ultérieurement l'objet d'un rapport effectif à la succession future de la mère donatrice, qui paye dès aujourd'hui à la communauté la recompense de ce surplus. »

Par un second jugement rendu le 2 mars dernier (affaire Givergues contre Foussard) le tribunal de Niort a aussi décidé que la même base d'interprétation doit être suivie lorsque la dot *promise* avec ladite clause d'imputation n'a pas été réellement versée du vivant des deux donateurs. La part d'actif *net* qui sera effectivement recueillie par le donataire dans la succession du premier décédé des donateurs, déterminera elle-même la mesure de l'imputation de la dot sur cette première succession ouverte. Le donateur prédécédé ne sera réputé avoir donné que cette part

successorale. Le survivant sera légalement chargé d'acquitter le surplus de la donation, lequel surplus sera effectivement rapportable à sa succession à titre d'avancement d'hoirie.

Ces jugements ont sur les décisions contraires le double avantage d'échapper à des conséquences inéluctables qui sont des impossibilités légales, et de respecter l'intention reconnue certaine de toutes les parties, en assurant à l'enfant donataire la conservation de ses droits à l'intégralité de la dot jusqu'au décès du survivant des donateurs.

Souhaitons que la jurisprudence sur ces questions complexes et ardues consacre en définitive des solutions logiquement applicables, et ne mette pas à trop rude épreuve la bonne volonté des praticiens qui s'efforcent de déférer à l'autorité des décisions judiciaires.

LÉON HENRY.

BIBLIOGRAPHIE

Cours de Droit administratif et de Législation française des finances,

7e édition, par M. Th. Ducrocq.

Tome IV. — *L'État personnalité civile.*

Compte-rendu par M. H. BERTHÉLEMY, professeur à la Faculté de droit de Paris.

En rendant compte, à cette même place, du tome troisième du *Cours de droit administratif* de M. Ducrocq, j'ai rappelé la haute valeur du maître et les mérites de l'œuvre dont une refonte complète couronne dignement une longue et brillante carriere.

J'analyse ici le quatrième volume récemment publié et consacré à l'État personne civile

L'auteur aborde, sous ce titre, l'une des parties les plus ardues de la législation administrative. La nature de la personnalite juridique de l'État, la question de l'extension à l'État des principes généraux applicables aux établissements publics, la capacité en France des États étrangers, les caractères constitutifs du domaine

public, les droits de l'État sur cette partie du domaine, la délimitation administrative des rivages de la mer et des fleuves, le régime légal des cours d'eau, la domanialité des voies ferrées, sont autant de matières où des controverses surgissent à chaque pas.

M. Ducrocq guide le lecteur à travers ces difficultés avec une sûreté de doctrine qui ne faillit pas. Ce n'est plus seulement un exposé de principes théoriques et de règles positives, c'est une discussion perpétuelle contre les systèmes divers que l'obscurité ou l'imprécision des textes a fait naître.

M. Ducrocq maintient avec fermeté la distinction qu'il a toujours faite entre l'État puissance publique et l'État personne civile. La personnalité de l'État, c'est-à-dire son assimilation fictive à un individu capable d'être propriétaire, débiteur, créancier, est limitée par la mesure même de son utilité. Il est utile de feindre que l'État est une personne quand il y a lieu d'envisager le groupement national comme un sujet de droits actifs ou passifs. Il faut bien que le Trésor public ait un propriétaire; il n'appartient ni à vous, ni à moi, ni à nous deux, ni à nous tous, il appartient aux générations futures en même temps qu'à la génération présente, c'est-à-dire à une collectivité d'êtres indéterminés considérés par supposition comme formant un être unique : c'est l'État personne morale. Mais il n'est plus besoin de faire intervenir une semblable supposition lorsqu'au nom des citoyens qui le composent l'État exerce la souveraineté. L'État puissance publique n'est pas une personne juridique. La souveraineté est une fonction qu'on exerce et non un droit qu'on exploite; s'il fallait un sujet aux droits de l'État, il suffit de délégataires pour l'exercice de ses fonctions, et si l'on tient à prolonger ici la supposition que l'État est une personne, cette supposition ne sera plus qu'une comparaison commode, une manière de parler et non une conception juridique, une fiction de droit.

M. Ducrocq maintient avec non moins de fermeté le sentiment qu'il a toujours professé concernant la domanialité publique; cette opinion seule peut mettre un frein à l'envahissement, par la fiscalité administrative, des choses communes dont nous payons l'usage.

Le domaine public n'est pas une propriété de l'État. « L'État

ne possède pas *propriétairement* le domaine public. L'idée de domanialité publique est radicalement exclusive du droit de propriété. » Le domaine est à tout le monde; l'Administration n'en a que la garde, et son rôle est d'en assurer à tous la jouissance paisible.

Trop souvent, la pratique a cédé à une tendance contraire; l'Administration a méconnu sa fonction de gardienne du domaine pour en devenir l'exploitante. La location privative des plages et même des voies publiques est devenue l'une des ressources courantes de nos budgets, au grand détriment de ceux qui tiennent de la loi le droit de circuler librement sur les plages et dans les rues. Il importe de ne pas laisser s'obscurcir les principes dont le respect mettrait un frein à ces mauvaises habitudes.

Nous retrouvons à la même place la démonstration victorieusement faite par l'auteur dans son *Traité des édifices publics* : la domanialité publique ne peut être étendue aux édifices que par des textes spéciaux. Par leur nature, ils y échappent. Une chose domaniale ne peut faire partie du domaine public, être inaliénable et imprescriptible qu'en vertu d'un texte de loi général ou particulier.

Nous retrouvons aussi, accrue d'éléments nouveaux, la controverse sur les effets de la délimitation administrative des rivages de la mer et des cours d'eau.

Il appartient exclusivement à l'Administration de constater, non pas arbitrairement, mais d'après des phénomènes naturels, où est la limite qui sépare le domaine public maritime et fluvial des propriétés en bordure. Aussi M. Ducrocq n'a-t-il cessé de protester contre la jurisprudence judiciaire d'après laquelle les tribunaux seraient compétents, — non, sans doute, pour modifier l'acte administratif de delimitation, — mais pour indemniser les riverains du prétendu dommage que cet acte peut leur causer.

Il est bien manifeste que l'affirmation de ce dommage implique une constatation de limite; les tribunaux ne sauraient prétendre sérieusement que la limite dont ils gardent la constatation est celle de la propriété privée et non celle du domaine. Il n'y a ici qu'une seule limite en question, c'est la séparation entre le domaine et la propriété. C'est au plus fort de la querelle soulevée

sur ce point par de célèbres décisions du tribunal des conflits de 1873 que fut préparé le projet de loi sur le régime des eaux qui est devenu la loi du 8 avril 1898.

« L'art. 30 de cette loi, dit très justement M. Ducrocq, a eu pour principal objet de mettre fin à la longue controverse qui vient d'être rappelée. Il a fixé les principes de la matière tels que nous les avons toujours compris. Les déclarations du rapporteur, d'une compétence exceptionnelle, du projet de loi au Sénat, dont la Chambre des députés n'a fait que confirmer les décisions, ne laissent aucun doute à ce sujet... Il serait regrettable qu'une controverse sérieuse vînt compromettre ces heureux effets de l'art. 36 de la loi du 8 avril 1898. Nous ne le craignons pas. »

Sans être aussi optimiste que M. Ducrocq, nous nous félicitons grandement de pouvoir abriter sous son autorité une solution qui, au lendemain de la loi, nous est apparue comme seule juridique, et dont l'exactitude ne saurait laisser de doute dans l'esprit de ceux qui voudront bien se donner la peine de lire avec une attention suffisante le rapport de M. Cuvinot et les décisions de 1873 dont il discute la portée.

D'autres très importantes questions ont trouvé place dans ce volume et donné lieu à des argumentations nouvelles et décisives touchant quelques gros procès en cours.

Je signale notamment l'une d'elles, qui depuis dix ans se débattait devant la Cour de cassation et vient enfin de recevoir une solution conforme aux principes, réclamée par M. Ducrocq.

On se demandait quelle autorité était compétente pour autoriser les occupations temporaires du domaine fluvial et percevoir les redevances auxquelles ces occupations donnent lieu.

La loi de frimaire an VII dit que les communes percevraient le produit des locations, « lorsque les administrations auraient reconnu que ces locations pourraient avoir lieu sans gêner la voie publique. » — En 1848, le Conseil d'État a émis l'avis que les droits de stationnement ne devaient être établis qu'avec l'autorisation *du gouvernement*. — En 1852, les décrets dits de décentralisation ont exigé que les préfets continuassent à soumettre au *Ministre de l'Intérieur* les affaires communales affectant l'intérêt de l'État. — En 1884, on rappela les réserves de la loi de

frimaire en exigeant l'approbation de *l'autorité supérieure*. Que convenait-il de tirer de ces textes obscurs et imprécis?

Par cinq arrêts successifs, la Cour de cassation s'était prononcée pour l'opinion la plus restrictive. Elle considérait comme illégaux les tarifs des droits de stationnement homologués par les Ministres et il en devait résulter, contre les villes de France situées aux bords des fleuves, une obligation à restitution écrasante et peu équitable en fait, à supposer qu'elle fût exigible en droit.

M. Ducrocq prêta à l'argumentation contraire l'appui de sa haute compétence. Il réussit à faire revenir la Cour suprême sur ses décisions antérieures et par un arrêt rendu, le 18 décembre dernier, toutes Chambres réunies, la légalité des homologations ministérielles a été solennellement reconnue.

Il ne m'est pas possible de passer en revue toutes les questions difficiles, toutes les controverses qui ont été discutées et résolues dans cette importante partie du grand ouvrage de notre maître. Tous ceux qui, théoriquement ou pratiquement, ont le desir ou le devoir de connaître les principes et les règles de l'administration domaniale, ne pourront trouver une documentation plus complète, une argumentation plus ferme, un exposé plus clair, plus exact et plus substantiel. La signature de l'auteur, au reste, signifie tout cela.

H. BERTHÉLEMY.

Traité de la prescription,

Tome I (art. 2219-2265)

par M. L. Guillouard, professeur de Code civil à l'Université de Caen, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats à la Cour d'appel.

Compte-rendu par M. Henri Prudhomme, docteur en droit, juge au tribunal civil de Lille.

Ce traité de la prescription, par lequel l'éminent professeur de l'Université de Caen termine l'œuvre considérable par lui entreprise, comprendra deux volumes. Dans le premier, l'auteur, après une rapide introduction dans laquelle il établit la légitimité de la prescription au point de vue de l'intérêt social, compare les principales législations étrangères avec la nôtre et indique les réformes

qu'il serait indispensable d'introduire dans les dispositions de notre Code civil, étudie successivement les règles communes à la prescription acquisitive et à la prescription libératoire et les règles spéciales de la prescription acquisitive. Le second volume qui, sans doute, est déjà sous presse, étant donnée la surprenante puissance de travail de l'auteur, se divisera également en deux parties : règles spéciales à la prescription libératoire; théorie de la possession des meubles.

Il est superflu de signaler que, dans ce nouveau volume, se retrouvent les qualités de concision, de clarté et d'exactitude juridique qui ont fait la fortune légitime des précédents ouvrages de M. Guillouard. La critique, pour lui, a épuisé les formules des éloges. Son œuvre est d'un maître qui ne se borne pas à exposer les différents systèmes qui ont été successivement enseignés ou soutenus, mais qui choisit avec sûreté entre ces systèmes et apporte à la science une contribution personnelle très précieuse.

Ne pouvant songer à analyser le livre de M. Guillouard, nous signalerons toutefois les principales réformes réclamées par le savant jurisconsulte. Les conditions économiques et sociales ne sont plus ce qu'elles étaient au temps de Justinien, ni même au commencement du siècle qui vient de finir. Les delais pour prescrire peuvent donc, sans inconvénients, être abrégés; et, il conviendrait de réduire même à dix ans la prescription la plus longue; mais, en même temps, la bonne foi devrait être exigée pendant toute la durée du temps requis pour prescrire et non plus seulement à son début. Si le livre foncier, dont M. Guillouard demeure avec raison le partisan, vient à être établi en France, le possesseur dont le titre aurait été inscrit pourrait seul prescrire la propriété d'un immeuble. Il serait désirable évidemment de voir réaliser ces réformes. Espérons que l'organisation du travail législatif au vingtième siècle permettra de tenir compte davantage des vœux et des études des hommes vraiment compétents.

HENRI PRUDHOMME.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Imp. F PICHON, 21, rue Soufflot.

E. E 3.7n.

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE CIVILE

Par M. A. Vigié, doyen de la faculté de droit de Montpellier.

I. — Les donations en avancement d'hoirie s'imputent, au cas d'acceptation de la succession par les donataires, sur la réserve, et ne mettent pas obstacle à l'exécution d'un don par préciput, postérieur en date, pourvu qu'en dehors des biens rapportés, il y ait dans la succession des biens suffisants en valeur pour son exécution.

II. — Rapport de la dot, constituée conjointement ou solidairement par les père et mère, avec imputation sur la succession du prédécédé seul, ou avec imputation sur la succession du prédécédé et subsidiairement sur celle du survivant.

III. — Les assurances, créées au profit d'un tiers désigné sous forme des stipulations par autrui, constituent une libéralité au profit du bénéficiaire.

Nous avons rencontré dans les recueils d'arrêts des dernières années quelques décisions sur les successions et donations; elles fixent, modifient ou contredisent des points admis par la doctrine; nous avons cru intéressant de les grouper ici.

I.

Arrêt de cass. civ. (rej. et cass.), 8 fév. 1898, *Dall. pér.*, 1899. 1. 265 et note Sarrut. — Sirey, 1899, I, 137 et la note Wahl et les références.

La question tranchée par la Cour de cassation est d'une grande importance; cette décision mettra fin aux hésitations de la pratique; en présence des divergences de l'interprétation suivie par les Cours et tribunaux, elle fixera définitivement un point de doctrine encore controversé. Dans l'examen doctrinal de jurisprudence de 1894 (année 1895, *Revue critique*, p. 221), nous avions étudié la question, à propos d'un jugement de Villeneuve-sur-Lot et nous disions en terminant : « Peut-être trouvera-t-on que nous avons trop insisté, à l'occasion d'un simple jugement de première instance en présence d'une juris-

prudence imposante en sens contraire : nous avons cru devoir le faire pour défendre des principes qui nous paraissent exacts contre une théorie dans laquelle on ne trouve que subtilités et contradictions... Enfin, nous avons souvent entendu les hommes d'affaires se plaindre de la solution qui paraît triompher, et nous avons cru devoir leur montrer que l'opinion dédaignée par la Cour suprême pouvait se justifier et qu'elle était conforme aux principes de la législation et de la raison. »

Aussi sommes-nous très heureux de constater aujourd'hui que la Cour de cassation, abandonnant une opinion qu'elle avait paru accepter dans son arrêt du 3 mai 1870 (Sirey, 70, 1, 393), et que bien des Cours avaient appliquée (Agen, 31 décembre 1879; Sirey, 80, 2, 97), proclame une interprétation rationnelle de la loi.

Sans reprendre la discussion détaillée des opinions en présence, pour laquelle nous renvoyons à la *Revue critique* 1895, page 220 et aux autorités citées, rappelons brièvement les principes et leurs conséquences : la Cour de cassation les a mis en lumière dans son arrêt de 1898.

Au cas où le père de famille a fait à ses successibles des donations en avancement d'hoirie et dans la suite une donation ou legs par préciput de la quotité disponible, les donations en avancement d'hoirie sont soumises « à la condition légale de rapport édictée par l'art. 843 C. civ. ». Elles sont irrévocables, « en ce sens seulement que le donateur n'a plus la faculté de disposer en faveur d'un donataire subséquent des biens dont il était dessaisi, alors qu'il ne s'était pas réservé cette faculté ainsi que l'art. 1086, C. civ., le lui eût permis (1) » ; que si ces donations sont rapportables, elles ne le sont, conformément à l'art. 857 C. civ., « qu'aux héritiers agissant en vertu de leur seul droit héréditaire ». Mais il faut que les successibles donataires en avancement d'hoirie soient obligés de tenir compte à la succession du donateur « de ce qu'ils ont reçu en sus de leur réserve, de sorte que l'émolument de cette libéralité se partage par égales parts entre [le donataire] et tous ses cohéritiers... »

(1) La Cour statuait sur des donations par contrat de mariage, dans lesquelles ces réserves peuvent être stipulées.

Ces règles si fermement fixées par l'arrêt de cassation de 1898, se complétant par l'art. 922 (C. civ.) et les principes généraux du Droit amènent, suivant l'hypothèse prévue par l'arrêt, autant que nous avons pu nous rendre compte des faits, à la liquidation suivante :

Le père de famille laissait à son décès quatre enfants qui tous venaient à la succession. Ces enfants avaient reçu diverses libéralités par contrat de mariage, nous les donnons avec leur caractère et suivant leur date, par ordre d'antériorité.

Les deux aînés des enfants avaient reçu par contrat de mariage, en avancement d'hoirie, chacun 80,000 francs. . . . . ci.	160,000
Le troisième des enfants avait reçu en avancement d'hoirie un domaine estimé	288,894
Le quatrième avait reçu par legs ou dons par préciput divers immeubles dont la valeur convenue entre les parties s'élevait à.	230,000
Le total des libéralités arrivait ainsi à atteindre.	678,894
Les biens restants au décès, dettes déduites, s'élevaient en valeur à.	321,106
La succession comprenait ainsi.	1,000,000

Comment fallait-il la partager et la liquider?

Avec le système des arrêts antérieurs (3 mai 1870, Cassation, *Baronceli javon*, Sirey, 70. 1. 393 et Cour d'Agen, 31 décembre 1879, Sirey, 80. 2. 97), on aurait raisonné de la manière suivante : les donations en avancement d'hoirie, irrévocables comme donations, s'imputent sur le disponible qu'elles absorbent, les donataires premiers en date auraient gardé, sur leurs dons le disponible, les dons ou legs faits par préciput seraient devenus caducs, en présence du disponible épuisé. Cette manière de raisonner transforme, en dons de préciput, les dons faits en avancement d'hoirie, et donne à l'irrévocabilité des dons en avancement d'hoirie une énergie qu'ils ne sauraient avoir.

Les dons en avancement d'hoirie, une fois le rapport effectué, doivent être considérés comme n'ayant pas été faits, et le disponible reste intact entre les mains du père de famille; et comme les dons en avancement d'hoirie ont été rapportés, leur émolu-

ment ne peut profiter qu'aux héritiers, sans que le légataire ou donataire du disponible puisse prétendre exercer sur eux de prélèvement de quotité disponible.

Et la liquidation de la succession, faite suivant ces principes et d'après l'arrêt de la Cour de cassation du 9 février 1888, donnera les résultats suivants :

La quotité disponible, sur une somme de 1,000,000, avec quatre enfants est du quart des biens, soit 250,000 fr.

Le donataire de la quotité disponible en préciput n'ayant reçu que la somme de 230,000 fr., gardera intégralement les choses à lui données par préciput, et aura dans le restant des biens une part égale à celle des autres enfants.

1° Enfant donataire par préciput.	230,000
Le restant des biens rapportés ou existants forme la masse à partager, par égales portions entre les héritiers, soit 770,000 fr. à diviser entre quatre, ce qui fait pour chacun 192,500 fr. comprenant pour chacun sa réserve, soit 187,500 fr. et 5,000 fr. de disponible, restant libre, le legs ou don par préciput n'ayant pas absorbé le disponible.	
Et chacun des enfants imputera sur la réserve le don en avancement d'hoirie par lui reçu :	
1er aura ainsi son don en avancement rapporté en moins prenant.	80,000
A prendre sur les biens à partager.	112,500
	192,500
2e aura son don en avancement d'hoirie rapporté en moins prenant et imputable sur la part de réserve.	80,000
A prendre sur les biens à partager.	112,500
	192,500
3e avait reçu en avancement d'hoirie un domaine estimé 288,894 fr., il l'imputera sur sa réserve jusqu'à concurrence de 187,500 fr.	187,500
Il remettra le surplus à la masse 101,394, et aura pour compléter sa part successorale.	5,000
	192,500

Et l'enfant donataire, par préciput, aura en plus de son préciput à prendre sur la masse à partager une part égale à celle des frères et sœurs, soit. . 192,500

Et la succession se trouvera ainsi partagée et liquidée, suivant les règles posées par le Code civil.

L'enfant donataire par préciput garde intégralement la donation qui lui a été faite, parce que les donations en avancement ayant été rapportées, leur émolument fait partie de l'hérédité sans pouvoir s'imputer sur le disponible, et que celui-ci reste à la libre disposition du père de famille.

Le rapport ayant été fait, pour maintenir l'égalité entre les héritiers, chacun des enfants a sur la masse, biens rapportés et biens existants, une part égale.

Et les biens rapportés s'imputant sur la réserve de chacun des donataires, n'ont en rien servi à fournir le disponible réclamé par l'enfant donataire par préciput.

Ces principes, suivant les hypothèses, donnent des résultats importants à signaler :

Dans une affaire jugée par la Cour de Montpellier le 14 janvier 1889 (Sirey, 89. 2. 209), les faits étaient les suivants : un père avait fait des libéralités par contrat de mariage et en avancement d'hoirie à deux de ses enfants; et, au profit de l'un d'eux, par testament un legs de la quotité disponible. Les dettes absorbaient tout l'actif existant au décès.

La Cour jugea que les biens à partager se composaient exclusivement des biens rapportés par les deux enfants donataires, que le rapport ne pouvant profiter aux donataires ou légataires postérieurs, le legs de la quotité disponible était ainsi caduc, et que le rapport étant fait pour maintenir l'égalité entre les héritiers, les enfants donataires en avancement d'hoirie, quelque inégalité qui existât entre les libéralités à eux faites, devaient partager les biens rapportés par égales portions entre eux, et que, bien que la donation en avancement d'hoirie par contrat de mariage fût irrévocable, elle n'autorisait pas le donataire antérieur à prétendre, vis-à-vis d'un donataire postérieur en date, imputer sur elle la quotité disponible et la réserve.

On peut sur ces questions citer un arrêt de Nîmes du 4 dé-

cembre 1897 (rapporté au *Moniteur judiciaire du Midi*, année 1898, p. 116), l'affaire était analogue à celle que la Cour de Montpellier avait jugée en 1889.

Ces décisions avaient fait une saine application des principes de notre droit et elles reçoivent une confirmation éclatante de leur doctrine, de l'arrêt de cassation rapporté au commencement de ces observations.

II.

Cass. civ., 2 mai 1899. (Sirey, 1900. 1. 80; *Dall. pér.*, 99. 1. 505.)

L'arrêt de la Cour de cassation du 2 mai 1899, relatif à la théorie du rapport de la dot, présente une grande importance théorique et pratique ? Il nous permettra d'exposer les règles relatives au rapport de la dot constituée par les père et mère, et de marquer les points généralement admis et ceux qui sont encore discutés.

Si la dot est constituée par l'un des époux (le père ou la mère) à l'un des enfants, la matière ne soulève pas de difficultés; mais si la constitution de dot est l'œuvre des deux époux, les difficultés peuvent apparaître.

Etudions-les et au cas où les deux conjoints ont doté l'enfant conjointement, et au cas où ils ont pris un engagement solidaire.

I. — *Dot constituée conjointement.*

L'obligation conjointe, *a parte debitoris*, présente ce caractère qu'elle se divise de plein droit et par portions égales entre les débiteurs (1), à moins que ceux-ci n'aient indiqué dans leur engagement une autre répartition. Chacune des dettes vit de sa vie propre, et les effets se produisent pour chacune des dettes comme si elle existait seule, sans qu'on ait à tenir compte de l'autre.

(1) La dette de constitution de dot peut être conjointe, *expressément*, lorsque les constituants ont fait insérer ce mot dans la constitution, ou *tacitement*, si les constituants ont doté ensemble, sans autre adjonction : leur dette se divise par égales portions entre eux.

Ce point avait fait difficulté dans l'ancien droit, suivant ce que nous apprend Roussilhe (*Traité de la dot*, t. I, n° 90). Quelques auteurs soutenaient que lorsque les père et mère avaient « conjointement constitué une dot à leur fille », ils étaient présumés être cautions l'un de l'autre, sans qu'il fût nécessaire que le terme *solidairement* eût été employé; et, suivant cette opinion, au cas de dot constituée conjointement, chacun des constituants était responsable de la totalité de la dot, au cas d'insolvabilité de l'autre (Roussilhe, *loco citato*).

Cette opinion avait le grave défaut de confondre la dette conjointe et la dette solidairement contractée, et d'admettre la solidarité par voie de présomption : dans tous les cas, le Code civil ne l'a pas acceptée, et les art. 1438 et 1544 donnent l'interprétation légale d'une constitution de dot conjointement faite : « Si « le père et la mère ont doté conjointement l'enfant commun, « sans exprimer la portion pour laquelle ils entendaient y con- « tribuer, ils sont censés avoir doté chacun pour moitié (art. 1438 « C. civ.). Si les père et mère constituent conjointement une « dot, sans distinguer la part de chacun, elle sera censée consti- « tuée par portions égales (art. 1544 C. civ.). »

Chacun des parents, au cas de dot constituée conjointement, est donc donataire pour moitié; il ne peut être poursuivi et n'est tenu de payer que la moitié par lui promise (1).

C'est là la conséquence légale de l'engagement pris, et Laurent (t. XXI, n° 169), a dit très exactement : « Quand deux per- « sonnes promettent, dans un contrat, la dette se divise entre elles « par moitié. Que l'on n'objecte pas que les époux ne sont pas « débiteurs de la dot; ils sont donateurs et débiteurs à ce titre, « quelle que soit la cause de la donation; on doit donc leur « appliquer le principe général. »

(1) Ce principe s'applique très exactement, et rigoureusement, au cas où les constituants sont mariés sous le régime dotal; car les obligations, contractées sous ce régime par les époux ne peuvent être poursuivies, contre chacun d'eux, que pour leur part et portion; — au cas où les constituants sont mariés sous le régime de la communauté, le mari et la femma ayant constitué la dot, si la femme ne peut être poursuivie que pour moitié, suivant son engagement; le mari, lui, peut être poursuivi pour le tout, parce qu'il a autorisé sa femme (art. 1318, C. civ.).

Si, dans ces conditions, l'un des époux avait payé de ses deniers personnels ou avec un de ses biens propres la dot en totalité, il aurait pour une moitié payé sa dette personnelle et, pour l'autre moitié, fait une avance pour son conjoint; il aurait un recours à exercer contre ce dernier, recours qui, sous le régime de la communauté, formerait une récompense à exercer contre la succession du conjoint dont on aurait payé la dette personnelle. Ce point a été tout récemment proclamé par la jurisprudence (Cour de cassation, Civ., Cass. 29 juillet 1897. Dall. Pério. 1900, 1, 582).

a) Chacun des père et mère a payé sa part de la constitution dotale.

Dans ce cas, l'enfant venant à la succession du prémourant des père ou mère rapportera la part reçue de lui; et, à l'ouverture de la succession du survivant, il rapportera la part reçue de ce dernier.

Et si le partage de l'une ou de l'autre de ces successions se liquidait de façon à ne pas donner à l'enfant doté une portion successorale égale au rapport effectué, ce serait tant pis pour le donataire, celui-ci n'aura rien à réclamer à l'autre constituant : ce dernier, en fournissant la moitié de la dot, a donné tout ce qu'il devait. Son obligation n'avait pour objet que la moitié de la constitution dotale, l'insolvabilité de l'autre constituant ne peut pas aggraver sa situation et augmenter son obligation.

b) L'un des époux a payé seul toute la dot promise, au moyen d'un de ses biens propres.

Dans ce cas, l'un des conjoints a payé pour lui et pour son conjoint. L'enfant doté a reçu tout ce qui lui était dû; mais il l'a reçu de l'un des débiteurs, son père ou sa mère; celui-ci a un recours à exercer contre l'autre débiteur, qu'il a libéré par un payement, au moyen d'un de ses biens propres.

Si, dans ce cas, le conjoint qui a payé la totalité meurt le premier, comment les choses vont-elles se passer?

Si le survivant était solvable, la succession du prédécédé exercerait contre lui un recours pour la part payée pour son compte. Mais si le survivant est insolvable, ce recours est illusoire.

La succession du prédécédé pourrait-elle exercer un recours

dans ce cas contre l'enfant doté? Nous répondons négativement. Que peut-on lui reprocher? Il a reçu son paiement de l'un de ses débiteurs; celui-ci a volontairement payé, pour le tout, la dette, la payant moitié pour lui, moitié pour son conjoint; si ce dernier est insolvable, tant pis pour l'ascendant : il ne peut pas recourir contre l'enfant doté, créancier de sa dot.

L'enfant doté vient ainsi à la succession du prédécédé, duquel il a reçu le paiement de la dot pour le tout; que doit-il rapporter à la succession? Doit-il rapporter seulement la moitié qui était à la charge du prédécédé et qui constituait la libéralité par lui faite? Doit-il, au contraire, rapporter la totalité de la dot, parce qu'il l'a reçue en totalité du prédécédé?

La question s'était présentée dans notre ancien droit, elle est prévue par Roussilhe (*Traité de la dot*, n° 97, t. I), Lebrun (*Traité des successions*, t. II, liv. III, ch. VI, sect. II, n° 72), et d'autres auteurs, et elle était l'objet de controverse.

Quelques auteurs soutenaient que, dans ce cas, le rapport se faisait pour le tout à la succession du parent qui avait fourni la dot en totalité au moyen de son propre, et il y avait, dans ce sens, quelques dispositions formelles de coutume; on avait admis cette solution comme conséquence des règles admises pour les successions des biens propres.

Mais le plus grand nombre d'auteurs admettaient que les père et mère ayant donné chacun pour moitié, peu importait que le payement eût été fait exclusivement par l'un, la donation n'en était pas moins l'œuvre de chacun, et qu'il fallait rapporter pour moitié à chacune des successions.

Sur le droit moderne, la question est résolue, dans ce sens, par la jurisprudence (1) et par la très grande majorité des auteurs (*Contra* Laurent, t. XXI).

En général, « quand les enfants sont héritiers des père et « mère, il est indifférent de quelle manière on fasse le rapport... » (Roussilhe, n° 97, t. I, *Traité de la dot*); mais, si l'une des successions est insolvable, ou s'il y a concours d'enfants de lits différents, l'intérêt est considérable, et je crois que, dans ces cas,

(1) Dijon, 9 avril 1893, Sir., 94. 2. 12.

quelles que soient les conséquences, il faut dire que la dot ayant été constituée conjointement par les père et mère, il faut en effectuer le rapport à chacune des successions, pour la part que le défunt devait supporter, et, pour moitié, suivant les art. 1438 et 1544 (C. civ.), sans quoi l'on arriverait à ce résultat que l'un des époux verrait son obligation de constituant disparaître.

c) Clauses particulières, modalités de la constitution.

En constituant la dot, les parents sont les maîtres d'apporter à leur libéralité les modalités qui leur paraissent convenables.

Il en est deux qui se sont développées dans les pays de coutume et dont il faut préciser la portée et les effets.

I° Après avoir fait une constitution dotale conjointement à l'un des enfants, les père et mère ajoutent quelquefois à leur constitution que la dot s'imputera pour le tout sur la succession du prémourant.

Le but des constituants est de protéger le survivant; en faisant porter la charge de la dot, pour le tout, sur la succession du prémourant, on assure au survivant la disponibilité de ses ressources entières, de ses propres et de sa part de la communauté ayant existé entre lui et le conjoint prédécédé; une clause de cette nature mérite donc encouragement, puisqu'elle facilite les mariages. Si la clause est bien rédigée, que la pensée des constituants ne soit pas douteuse, il faut y voir l'intention d'exonérer le survivant de la charge de la constitution dotale, en la faisant porter pour le tout sur le prémourant : l'époux survivant a stipulé ainsi en sa faveur une condition résolutoire de son engagement, au cas où il survivrait à son conjoint.

La clause était connue dans l'ancien droit : M. Esmein (en note au Sirey, 1900, 1, 80) en a suivi la filiation historique et l'a rattachée à d'autres analogues, d'où elle paraît dériver. Lebrun (dans son *Traité de la communauté*, liv. 3, ch. 2, sect. 6, titre 2, n° 18) se préoccupe de lui donner sa véritable portée, « ... *en rapportant le tout à la succession du prédécédé*. La fin de la « clause que nous examinons n'est même pas assez formée; car, « en la supposant juste, et supposant qu'elle a quelque effet réel, « la décharge du survivant n'est pas assez expliquée; et il fau- « drait dire non seulement que le donataire rapporterait toute la

« donation à la succession du prédécédé, mais encore qu'il ferait « ce rapport à la décharge du survivant qui, dès lors, ne serait « plus censé avoir donné. » Ainsi la clause produit un double effet, exonérer complètement le survivant de toute obligation relative à la constitution dotale, en faisant porter toute l'obligation sur le prédécédé.

Or, c'est avec cette signification bien marquée, que la clause est étudiée par Pothier : cet auteur revient plusieurs fois à cette interprétation et, toujours, il conclut en ce sens que l'imputation, devant se faire exclusivement à la succession du prédécédé, par là en libère complètement le survivant, qui sera censé n'avoir pas doté l'enfant. (Comp. Pothier, *Traité de la communauté*, n°s 649, 650, 651, 652, 653, 654 à 659. — *Introduction à la cout. d'Orléans*, titre XVII, n°s 85 et 86. — *Traité du Douaire*, 2e partie, ch. IV, n° 355, et *Traité des successions*, p. 208, 209, n° § 5.)

Bornons-nous à citer quelques-uns de ces passages (*Introd. à la cout. d'Orléans*), n° 85 : « Lorsque les père et mère ont doté « conjointement, le rapport doit se faire à chacune des deux suc- « cessions par moitié, quand même la chose donnée serait le « propre de l'un des époux (Confirmation de la théorie antérieu- « rement exposée n° 86), et si on a stipulé l'imputation sur la « succession du prédécédé..., le prédécédé est censé avoir seul « donné le total, et le rapport ne s'en fera qu'à sa succession. »

Rapprochez le n° 650 du *Traité de la communauté* : « Si, « néanmoins, on avait ajouté au contrat de dotation la clause « que la dot serait imputée en entier sur la succession du pré- « décédé, en ce cas le prédécédé serait censé avoir doté seul et « avoir acquitté des deniers de la communauté sa dette privée « dont il était seul débiteur ; en conséquence, au partage de la « communauté la dot entière serait précomptée sur la part appar- « tenant à la part du prédécédé. »

La pratique moderne a eu à interpréter cette clause et elle a suivi les traditions de l'ancienne jurisprudence.

Les auteurs qui ont écrit sur le Code civil sont unanimes à lui donner les effets qu'on lui reconnaissait déjà dans l'ancien Droit (1);

(1) Comp. principalement, Tessier, *Traité de la dot*, t. I, p. 140, B. — Demolombe, *Successions*, t. IV, n° 271, et les autorités citées par ces auteurs.

parmi eux, MM. Aubry et Rau, sont ceux qui paraissent avoir le mieux fixé ses conséquences (1).

Dans tous les cas, voici celles qui sont la suite directe de la clause :

1° Si la dot n'a pas été payée, au moment où l'un des constituants, le père et la mère, vient à décéder, l'enfant doté ne devra faire valoir ses droits que contre la succcession du prédécédé ; et, dans tous les cas, il ne saurait avoir aucune action contre le survivant complètement libéré par l'effet de la clause.

2° Du vivant des père et mère, l'enfant a pu poursuivre ses parents en paiement de la dot, chacun pour moitié ; il doit rapporter toute la dot à la succession du prédécédé, comme s'il l'avait reçue de lui tout entière, à moins qu'il ne renonce à cette succession, auquel cas il ne gardera la dot que jusqu'à concurrence du disponible, et le survivant des époux, qui aurait de ses deniers propres ou de ses biens personnels payé la dot, en tout ou en partie, aurait un recours contre la succession du prédécédé, pour se faire restituer tout ce qu'il aurait payé.

3° Enfin, au cas où la succession du prédécédé est ouverte, quelque perte que subisse l'enfant doté [*a*), par exemple le rapport effectué, l'enfant ne recueille pas une part héréditaire égale à la dot constituée ou *b*) ayant renoncé à la succession, la quotité disponible sur laquelle s'impute la libéralité ne lui procure pas l'équivalent de la constitution dotale], il n'a jamais de recours à exercer contre le survivant (2).

Il faut ajouter que cette interprétation de notre clause n'est acceptable que lorsque la volonté des contractants est bien certaine, et que le contrat de mariage indique bien nettement que la volonté des constituants a été de faire porter la dot pour le tout sur la succession du prédécédé, en libérant d'une manière absolue le survivant, quelles que soient au reste les conséquences de cette interprétation (3).

(1) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français.*

(2) Ces principes ont été appliqués par la jurisprudence : Comp. cass. 11 juill. 1814 et 3 juill. 1872 (Sir., 1872. 1. 201), Amiens, 1er déc. 1875 (Sir., 1877. 2. 39).

(3) Voir note Labbé sur cass. 3 juill. 1872 (Sir., 72. 1. 201). — Guilloüard, *Contrat de mariage*, t. I, p. 151.

II° D'autres fois, les père et mère déclarent dans le contrat de mariage constituer la dot en avancement d'hoirie imputable *antérieurement* ou *jusqu'à due concurrence* sur la succession du prédécédé; — ou bien les père et mère déclarent constituer la dot, par avancement d'hoirie, *imputable d'abord sur la succession du prédécédé et subsidiairement sur la succession du survivant.*

Ces deux clauses ont, suivant nous, la même force obligatoire, mais il faut convenir que si des mots *imputable antérieurement*, ou *jusqu'à due concurrence*, on peut déduire que les parties n'ont pas voulu exonérer complètement le survivant, la dernière clause réservant l'imputation subsidiaire sur le survivant est beaucoup plus claire et explicite.

Voyons et cherchons à déterminer les effets de semblables clauses. Elles sont très en usage dans le nord de la France, à Paris notamment, et dans les départements voisins : elles ont été créées pour atténuer les effets de l'imputation sur la seule succession du prédécédé, au regard des enfants dotés.

1° Puisque les père et mère ont constitué la dot conjointement, ils ne la doivent chacun que pour moitié; et, pendant leur vie, l'enfant ne peut poursuivre chacun d'eux que pour la moitié de la dot. C'est là le seul engagement que les constituants ont voulu prendre (1).

2° L'un des constituants venant à mourir, la dot est, pour le tout, imputable, c'est-à-dire rapportable à la succession du prémourant : c'est là ce que les constituants ont voulu, dans l'intérêt du survivant. Et si la succession du prémourant suffit à fournir à l'enfant une part héréditaire (au cas d'acceptation) ou une quotité disponible (au cas de renonciation) égale à la dot constituée, le survivant est libéré et peut réclamer à la succession du prémourant ce qu'il aurait payé à son acquit.

Mais au cas où l'enfant doté, ayant effectué le rapport de la dot pour le tout à la succession du prémourant, ne retrouverait pas, dans la part héréditaire à lui attribuée, une somme égale à

(1) Mais voir plus haut l'observation faite pour le cas où les époux sont mariés sous le régime de la communauté.

la dot constituée, il aurait le droit de demander le supplément au survivant (1).

Si, dans ce cas, la dot n'ayant été payée, le père vient à mourir, l'enfant doté s'il ne retrouve pas dans le partage de l'hérédité du père prédécédé une valeur égale à la dot constituée, il aura recours contre la mère survivante.

A quel moment ce recours s'exercera-t-il ?

La jurisprudence a hésité sur ce point : on faisait remarquer que le survivant doit laisser imputer la dot, subsidiairement sur sa succession, à défaut de paiement par la succession du prédécédé, mais la succession paraît seule engagée, et alors on déduisait les conséquences suivantes :

Du vivant des deux époux constituants la dot étant constituée conjointement, chacun d'eux doit la moitié.

L'un étant mort, la dot doit être imputée sur sa succession; et si l'imputation donne une valeur égale à la dot de l'enfant, le survivant est définitivement libéré; si la succession du prédécédé est insuffisante à fournir à l'enfant doté la somme promise, le survivant libéré par la clause reste tenu sur sa succession seulement; cette interprétation allait à l'encontre de la volonté des parties : le père et la mère ont institué la dot en avancement d'hoirie, ce qui implique le paiement avant l'ouverture de la succession; donc, le survivant est tenu de la part non payée par le prédécédé, non pas seulement à l'ouverture de sa succession, mais encore de son vivant (Voir le rapport de M. le conseiller Faye et la réfutation que donne notre arrêt de cette interprétation).

(1) Si la dot a été payée par les constituants, chacun pour moitié, voici comment nous comprenons le fonctionnement de la clause : Prima dotée a reçu 40,000 francs, 20,000 francs ont été payés par son père, 20,000 par sa mère. Le père prédécède. Prima rapporte à la succession du père : 1° les 20,000 francs reçus de lui, et 2° les 20,000 reçus de sa mère; mais le rapport de cette seconde partie ne se fera qu'autant que la succession du père pourra rendre 20,000 francs à la mère, et si la succession paternelle ne peut pas rendre les 20,000 francs à la mère, l'enfant dotée ne rapportera que la part reçue du père, et si le partage de la succession ne la lui rend pas, comme part héréditaire, il aura un recours contre sa mère pour ce qui lui manquera des 20,000 francs reçus du père, et la mère supportera ainsi tout ce que la succession paternelle ne pourra pas fournir.

« Mais attendu que la constitution de dot *par avancement d'hoirie* est, par définition, une avance faite sur la part héréditaire du donataire, et qu'elle suppose dès lors nécessairement un paiement fait par le donateur de son vivant; que, si la dot ainsi constituée par les deux époux n'est imputable que subsidiairement sur la succession du survivant, il s'ensuit uniquement que celui-ci n'est réputé y avoir contribué que pour la portion qui excède l'émolument recueilli par le donataire dans la succession du prédécédé; mais que, resté dans ces limites, donateur de la dot par avancement d'hoirie, il est tenu, en cette qualité, de toutes les obligations que lui impose la loi, et notamment de la garantie édictée par l'art. 1440, C. civ., que le donataire a donc contre lui une action directe pour se faire rembourser tout ce dont il a été privé par suite du rapport qu'il a été obligé de faire à ses cohéritiers dans la première succession et qui représente la part incombant définitivement au survivant dans la libéralité. » (Arrêt du 2 mai 1899. Sir. 1900, 1, 84).

Ainsi donc, dans tous les cas la succession du prémourant doit supporter la dot; et si l'imputation de la dot, pour le tout, sur cette succession donne à l'enfant une valeur successorale égale à la dot promise, le survivant est libéré.

Mais si la succession du prédécédé ne peut pas fournir à l'enfant cette valeur, le survivant reste immédiatement tenu de tout ce qui manque à l'enfant sur sa constitution dotale.

A l'enfant on avait promis 40,000 francs en dot, la liquidation de la succession du prémourant n'a donné à l'enfant qu'une valeur de 10,000 francs, le survivant doit les 30,000 qui lui manquent, et ainsi cette clause assure à l'enfant l'intégralité de la dot.

La liquidation de la succession du prémourant fixera donc l'étendue de l'obligation du survivant; et ainsi la situation des parties se modifie; tant que les époux sont vivants, l'enfant ne peut poursuivre chacun de ses parents que pour moitié.

Le prémourant mort, l'enfant peut poursuivre le survivant pour tout ce que la succession du prémourant ne lui aura pas fourni sur la dot, et cet engagement peut aller jusqu'à la totalité. Ainsi cette dette conjointe des parents se transforme à la mort

de l'un des époux constituants, de manière à mettre la dot pour le tout soit à la charge du prémourant, et pour tout ce qu'il ne fournira pas, même jusqu'à la totalité, à la charge du survivant, qui devient ainsi une caution, au profit de l'enfant, de la solvabilité du prémourant.

Cette clause a donc le double avantage d'assurer à l'enfant l'intégralité de la dot et en même temps, si possible, de laisser au survivant la disponibilité de ses ressources.

II. — *Dot constituée solidairement.*

D'autres fois, la constitution de dot se présente, de la part des constituants, avec engagement contracté solidairement.

Cette modalité introduite dans la constitution dotale, quelles conséquences entraîne-t-elle après elle?

Du vivant des deux constituants, l'enfant doté, créancier de sa dot, peut poursuivre l'un quelconque des constituants, pour la totalité de la dot : c'est là la conséquence de toute obligation contractée solidairement pour les débiteurs, sauf aux constituants à se faire compte entre eux des paiements effectués. Car si, vis-à-vis du créancier, les constituants sont tenus au tout, dans leurs rapports respectifs, la dette se divise entre eux.

Nous supposons une dot constituée en avancement d'hoirie : dans ce cas, il nous paraît que la solidarité n'a été constituée que pour permettre à l'enfant doté, la poursuite pour le tout contre l'un quelconque des constituants, mais en laissant à l'enfant l'obligation de rapporter à la succession de chacun de ses père et mère la moitié de la dot reçue.

D'où il me paraît résulter, au cas où la dot a été payée du vivant des père et mère que cette dot doit se rapporter pour moitié à la succession de chacune des successions des constituants.

Si le père meurt le premier, à sa succession l'enfant rapportera la moitié de la dot.

Et si la liquidation et partage de cette succession ne lui laisse pas une valeur successorale égale à son rapport (comme aussi au cas de renonciation, si l'imputation de la dot sur la quotité disponible, entraîne quelque réduction de cette moitié), dans ce

cas, l'enfant aura-t-il un recours contre l'autre constituant?

Je l'admettrai difficilement; car en dotant en avancement d'hoirie, les constituants ont prévu que le rapport devrait être effectué, ont-ils pris l'engagement d'assurer l'enfant contre les diminutions qui pourraient en résulter pour lui? Je n'irai pas jusque-là, et j'estime que le survivant ne doit rien à l'enfant doté, qui, par la liquidation de la succession paternelle, aura perdu quelque chose sur la moitié de la dot rapportée par lui.

L'un des principes en matière de solidarité est l'égalité de situation faite aux débiteurs, une chance égale d'avoir à faire l'avance pour le tout.

Or, si au cas où la première succession ne fournirait pas, rapport effectué, une part successorale égale à la moitié de la dot, la solidarité obligeait le survivant à parfaire la dot sur ses biens, ne faudrait-il pas admettre que le premier décédé des père et mère devrait aussi garantir que l'enfant aura dans la succession du survivant une part successorale égale à la moitié de la dot constituée : Or, ce recours est-il possible? Et comment l'organiser?

Nous persistons donc dans notre interprétation restrictive de la solidarité entre les constituants : ceux-ci ont voulu être solidaires de leur vivant; mais non pas garantir que chaque succession fournirait la moitié de la dot, et qu'au cas contraire il devrait la fournir lui-même.

L'enfant doté ne reçoit la dot que sous la condition de la rapporter à la succession des parents pour moitié à chacune, comment peut-on dire que les résultats d'une liquidation, défavorable à l'enfant, aggraveront la situation des constituants? M. Esmein, à la fin de sa note, paraît soutenir une opinion contraire à la nôtre et cela en vertu de l'obligation de garantie. Mais l'obligation de garantie n'existe à l'encontre des constituants que jusqu'à concurrence de leur engagement; or le constituant en s'obligeant solidairement à une dot, faite en avancement d'hoirie, a-t-il promis que l'enfant trouverait dans chaque succession le montant de la dot rapportée?

Si la dot n'a pas été payée du vivant des père et mère et que

l'enfant n'ait pas profité du droit qu'il avait de poursuivre l'un ou l'autre des constituants pour le tout, j'estime que l'ouverture de la succession de l'un des constituants oblige l'enfant à faire valoir pour moitié contre cette succession la constitution dotale, et s'il ne peut la réaliser, il n'aura pas de recours contre le survivant. Celui-ci, le père mort, n'est tenu que de sa moitié dans la dot.

Mais peut-être objectera-t-on, c'est la suppression de la solidarité stipulée dans ses avantages? nous ne le croyons pas. La constitution de dot en avancement d'hoirie, l'obligation d'en rapporter la moitié à chaque succession, nous paraissent modifier les effets de la solidarité. Or, si nos solutions sont exactes au premier cas, elles doivent se produire au deuxième, sous peine de contradiction.

b). Si à la constitution solidaire, on ajoute une clause d'imputation de la dot, exclusivement sur la succession du prédécédé : il faudra en déduire que, dans ce cas, si de leur vivant les constituants peuvent être poursuivis pour le tout (en vertu de la solidarité stipulée), la mort du prédécédé arrivée, la dot est imputée pour le tout sur la succession du prémourant, aux risques et périls de l'enfant, et le survivant est complètement dégagé; s'il a payé, il peut réclamer les choses payées; s'il n'a pas payé, il n'est tenu à rien.

c). Enfin, si à la constitution solidairement faite, on a joint une stipulation d'imputation sur la succession du prédécédé, et subsidiairement sur la succession du survivant, les effets sont ceux que nous avons signalés plus haut, au cas de constitution conjointe, à cette seule différence près :

Qu'au cas de dot constituée conjointement, on ne peut poursuivre du vivant des deux constituants, chacun que pour sa part et portion; sauf à voir modifier ce droit d'action par le règlement de la succession du prémourant. Tandis que si la dot a été solidairement constituée; chacun des constituants, du vivant des deux, peut être poursuivi pour le tout et répond de l'insolvabilité de l'autre, et une fois l'un des constituants mort, la liquidation de sa succession fixera définitivement la part que le survivant doit avoir dans la constitution : les effets des deux clauses sont iden-

tiques, que la dot ait été promise solidairement (1) ou conjointement.

Ces effets admis et la constitution solidairement faite, avec imputation de la dot, sur la succession du prémourant et subsidiairement sur la succession du survivant, nous confirment dans notre solution précédemment donnée sur la dot constituée en avancement d'hoirie et solidairement, sans clause d'imputation, car si l'on faisait produire effet à la solidarité pour rendre le survivant responsable de la part du prédécédé, on rendrait complètement inutiles et sans effets, les clauses d'imputation jointes à une constitution dotale solidaire par les père et mère.

Et si l'on n'accepte pas notre interprétation, il faut dire que la constitution dotale, solidairement faite, produit tous les effets d'une constitution, avec imputation pour le tout sur la succession du précédé et subsidiairement sur celle du survivant, avec droit en plus de poursuivre de leur vivant le paiement de la dot pour le tout contre chacun des constituants.

Les difficultés de ces constitutions dotales sont peu étudiées, on nous pardonnera nos hésitations et nos erreurs sur une matière généralement passée sous silence par les auteurs (2).

III.

Cour de Rouen, 29 mai 1897, et tribunal Paris, 23 juin 1898, Sirey, 1900. 2. 1. et Paris, 18 déc. 1895 et 11 janv. 1899, *Dall. pér.*, 1899. 2. 249.

Ces arrêts et jugements sont importants, ils suivent une jurisprudence qui, il y a quelques années encore, était celle de la Cour de cassation (comp. 8 fév. 1888; cass., 88-1-121 et la note). A savoir que lorsque l'assuré fait au profit d'un tiers déterminé une assurance sur la vie, et cela gratuitement, il réalise au profit du bénéficiaire une libéralité soumise aux règles générales des libéralités, *au rapport* (si le bénéficiaire vient à la succession, il rapportera à ses cohéritiers le bénéfice de la libéralité); *à la réduction* (si eu égard à l'importance du patrimoine la libé-

(1) Cass. 2 mai 1899, Sir., 1900. 1. 80.

(2) Nous n'avons pu profiter pour notre étude de l'article sur le même sujet paru dans le précédent numéro de la *Revue critique*.

ralité, résultant de l'affectation de l'assurance, dépasse le disponible, il y aura lieu à réduction).

Il est vrai que cette jurisprudence, qui n'avait rencontré que de rares contradicteurs, a été abandonnée par la Cour de cassation (Voir arrêt cass., ch. civ., 29 juin 1896; Sir. 96. 1,361 et l'examen doctrinal de notre collègue Charmont, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1897, p. 337.)

Nous croyons fermement que cette nouveauté constitue une fausse interprétation de la loi, de la convention faite, et nous sommes heureux que les tribunaux et les Cours ne s'inclinent pas devant une opinion de nature à bouleverser tous les principes du droit civil, à compromettre l'égalité des partages, l'intégrité de la réserve, et à rétablir, si on le veut, le dépouillement de la famille légitime et le droit d'aînesse.

Nous applaudissons donc à l'indépendance des tribunaux et des Cours : leur résistance à la jurisprudence de la Cour de cassation ramènera la question devant les chambres réunies, et nous croyons difficile que cette jurisprudence soit maintenue.

Nous attachons la plus grande importance à la difficulté, et nous voulons, sans parcourir toutes les hypothèses qui peuvent se présenter, examiner la question dans les cas les plus ordinaires. Nous croyons erronée l'interprétation nouvelle, et l'erreur tient, d'après nous, à une fausse analyse du contrat d'assurance sur la vie.

Or, ce contrat peut se présenter à nous sous trois formes différentes :

I) Primus fait une une assurance sur la vie; il traite généralement avec une compagnie (il pourrait traiter avec un simple particulier), et moyennant un versement, sa vie durant et annuellement fait, de 1,200 francs, la compagnie s'oblige à payer à son décès une somme de 25,000 francs.

Que ce contrat soit aléatoire et synallagmatique, personne ne le conteste : primus doit payer les primes, suivant son engagement, et la compagnie fournira au décès de l'assuré une somme déterminée, 25,000 francs : ce qui donne à la convention le caractère de synallagmatique (1). Cette convention est aussi aléatoire, et

(1) L'analyse du contrat, telle que nous la présentons, répond à la réalité des choses, à l'intention des parties; souvent on introduit dans cette analyse

pour les deux contractants, car, suivant les circonstances, l'opération, tant pour l'un que pour l'autre, pourra être, soit avantageuse, soit onéreuse.

Le contrat formé, il naît donc, au profit de primus et, cela immédiatement, une créance à terme incertain, qui se réalisera à sa mort. On présente quelque fois la créance contre la compagnie des assurances, comme une créance conditionnelle, mais cette créance dépend du décès, qui n'est qu'un évènement futur, mais certain, elle ne peut donc être qu'à terme incertain quant à l'époque de sa réalisation; cette créance à terme incertain est éventuelle, car sa réalisation dépend de l'accomplissement exact des obligations, mises à la charge de l'assuré, paiement des primes et autres obligations accessoires (*pas de réticence*, etc.).

Elle compte dans le patrimoine de l'assuré dès la formation du contrat.

Tout le monde admet qu'elle pourrait être donnée en gage ou en garantie par l'assuré à un de ces créanciers, elle est susceptible d'être transmise par acte à titre onéreux, ou par acte à titre gratuit, par testament comme par donation (1).

Si, dans ces conditions, Primus n'a fait aucune transmission du droit résultant de l'assurance : à sa mort, la créance venant à échéance fera partie de son patrimoine, sera partagée, comme tout autre élément de son patrimoine, entre ses héritiers par

des éléments essentiels qui, à aucun degré, n'en sauraient être, voir l'analyse du contrat d'assurance sur la vie de M. Lefort, qui présente pour le contrat trois éléments : le risque, l'indemnité, l'association. Or il nous paraît téméraire de dire que les assurés à une même compagnie, sauf au cas de mutualité, sont des associés dans le sens légal, et d'affirmer que le contrat d'assurance avec un particulier n'aboutirait à aucun résultat. (Voir page 160, t. I, et les notes.)

(1) C'est ce que reconnaissait l'annotateur du Sirey, 1888. 1. 126 (éminent magistrat, qui, comme rapporteur à la Cour de cassation, dans plusieurs affaires, avait participé à la formation de la jurisprudence de la Cour). « Que si l'assuré a stipulé exclusivement à son profit, ce sont les « règles ordinaires des obligations synallagmatiques qui sont bien évidem- « ment applicables; les effets du contrat limités entre les deux seules parties « contractantes sont fixés par les termes mêmes du contrat dans de telles « conditions qu'on aperçoit mal les difficultés juridiques qui pourraient « naître... »

égales portions, et, valeur successorale, elle formera le gage de ses créanciers.

Si, par testament, l'assuré en a disposé, au profit d'un de ses héritiers ou d'un non héritier; il y aura là une libéralité soumise aux règles des libéralités : tout le monde est obligé d'en convenir. (Voyez note, Dalloz périodique, 99. 2. 249.)

Si par acte de donation, et, dans la forme des donations, l'assuré a transmis à une personne, héritière ou non, le bénéfice de l'assurance, il a encore fait une libéralité de cette créance à terme incertain qui lui appartenait, et encore ici on devra reconnaître qu'il y a là une libéralité à laquelle il faudra appliquer les règles des libéralités.

Mais rarement l'assurance est faite aussi simplement, et le plus souvent, toujours même, dans les polices d'assurances, il est écrit cette clause, que l'assurance est faite au profit de l'assuré, au profit de ses héritiers et qu'elle est transmissible à ordre.

Cette clause pour nous n'a qu'une importance, constater, ce qui n'avait pas besoin d'être dit, que l'assurance profite, en principe aux héritiers, s'il n'en a pas été autrement disposé par le bénéficiaire, ce qui n'est que l'application à l'assurance du principe de l'art. 1122, C. civ., « que l'on est censé stipuler pour ses héritiers, quand on stipule pour soi-même ».

En ajoutant au contrat d'assurance la clause *à ordre*, on ne change pas la nature de la convention; on fait bénéficier la créance, qui en résulte, d'un mode rapide de translation, et qui peut servir à réaliser une transmission soit à titre onéreux, soit à titre gratuit.

Et ces transmissions sont soumises aux règles applicables à toutes les opérations de même nature.

Ces solutions, au cas de donation ou de legs du bénéfice de l'assurance, ne sauraient nous étonner; ne les applique-t-on pas aux transmissions de toutes espèces de créances à terme non échu, et des droits conditionnels : or, peut-on nier qu'en contractant une assurance, le stipulant ait fait entrer dans son patrimoine une créance éventuelle contre la compagnie; que cette créance ne soit née comme contre-partie des engagements pris par lui? Si cette créance est comprise dans un legs ou dans une

donation, comment ne pas appliquer les règles des libéralités?

La Cour de cassation a dit seulement pour ce cas « que si, au « lieu d'attribuer le capital assuré à une personne déterminée, « le stipulant se borne à convenir que ce capital sera payé à « à ses héritiers, à son ordre, ou aux personnes qu'il se réserve « de désigner, la stipulation tombe sous l'application non plus de « l'art. 1121, mais de l'art. 1122 et reste soumise à tous les modes « de transmissions établies ou prévues par la loi... » (Cass. civ. 15 décembre 1873, Sir., 74. 1. 199.)

II. – Faudra-t-il abandonner ces solutions au cas où l'assuré, en faisant l'assurance, aura déclaré qu'il attribue le bénéfice du contrat à une personne déterminée?

Nous sommes ici en présence de l'assurance au profit d'une personne déterminée comme bénéficiaire du contrat : le stipulant s'est assuré sur la vie, soit au profit de sa femme, soit au profit de son fils, soit au profit de X,.., etc.

Dans ce cas, on aurait pu raisonner de la manière suivante : Primus a pris l'initiative du contrat, il a pris à sa charge les obligations en dérivant (le *paiement des primes*, etc.), le bénéfice de l'opération devrait être pour lui, et le montant de l'assurance se trouver dans sa succession, s'il n'avait désigné un autre bénéficiaire que lui-même.

Cet avantage du contrat, il l'a transmis, en le créant, à une personne dénommée; il faut donc voir là la création du droit à l'assurance et la transmission de ce droit à un tiers, soit gratuitement, soit à titre onéreux, avec les conséquences normales de ces opérations.

Ce système, anciennement suivi, aurait été logique; on a préféré un système plus compliqué et plus subtil. On a voulu expliquer l'opération et l'analyser, en une stipulation pour autrui (1).

On a dit, en s'assurant, Primus fait naître sur la tête du tiers désigné et d'une manière directe le bénéfice de l'assurance : c'est comme si le tiers désigné avait lui-même fait l'assurance.

Nous croyons qu'on a mal analysé l'opération juridique : l'assuré, le stipulant, qu'a-t-il voulu, faire bénéficier un tiers de

(1) Arrêt du 15 déc. 1873, Sir., 74. 1. 199 et jurisprudence postérieure.

l'assurance faite; il l'a désigné comme bénéficiaire du contrat, tout en gardant pour lui les charges de l'opération.

A-t-il songé à une opération juridique d'engagement pour autrui, mal analysée par les auteurs, nous avons peine à le croire.

Un assuré peut faire l'assurance pour lui et se réserver d'en transporter le bénéfice à la personne qu'il désignera dans la suite : dans ce cas, il transmet ses droits à l'assurance.

Or si, au moment du contrat, il est fixé sur la personne à laquelle il veut faire arriver le bénéfice de l'assurance, ne peut-il pas la désigner immédiatement et, dans ce cas, ne lui transmet-il pas le bénéfice du contrat qu'il aurait pu garder pour lui, pour ses héritiers ou pour toute autre personne? Pourrait-on affirmer que telle n'est pas son intention?

La jurisprudence a préféré voir dans l'opération de l'assurance, au profit d'une personne déterminée, une stipulation pour autrui; elle a scindé les effets du contrat, le stipulant garde les charges de l'opération, mais il fait naître immédiatement pour le tiers, par la seule force de sa volonté, droit à l'assurance, il ne lui transmet pas un droit qu'il avait lui-même, mais lui en fait acquérir un directement.

Mais qu'importe pour la solution à donner : on ne peut pas faire, on fait en effet, en raisonnant ainsi, abstraction de l'intervention de l'assuré : or, c'est par son fait que l'assurance profite au tiers bénéficiaire, le contrat s'est formé et le droit né par sa volonté, l'assuré a voulu en assurer le bénéfice à un tiers dénommé.

Comment ne pas proclamer que ce dernier tient ses droits de l'assuré, et que, n'ayant rien déboursé, il les a reçus à titre gratuit, et qu'il est légitime d'appliquer ici les règles des libéralités?

Le stipulant a fait le contrat, a pris à sa charge le paiement des primes; le bénéfice du contrat n'est pas pour lui : où est donc la cause de son obligation, sans laquelle le contrat est nul?

On reconnaît aux contrats, comme cause ou une acquisition à réaliser, ou une libéralition ou une libéralité. Or, si l'assuré n'acquiert pas pour lui le droit à l'assurance, s'il ne le fait pas pour se libérer, vis-à-vis du bénéficiaire, c'est qu'évidemment il

veut faire à celui-ci une libéralité et c'est pour cela qu'il l'a désigné à la compagnie comme créancier du montant de l'assurance.

Comment donc ne pas appliquer, à l'assurance en faveur d'une personne déterminée, sous forme de stipulation pour autrui, les règles des libéralités?

Les auteurs les plus recommandables interprétaient ainsi les contrats pour autrui. M. Colmet de Santerre, après avoir dit, à propos de la stipulation pour autrui : « qu'il ne faut pas appliquer « à l'acceptation du tiers les formes des donations, ajoute : mais « si cette convention n'est pas soumise aux règles de forme qui « régissent les donations, il faut reconnaître qu'elle constitue au « fond une libéralité, au profit du tiers, et que par conséquent « il faudrait appliquer les règles sur la capacité, sur le rapport « et sur la réduction. » (*Cours analytique de Code civil*, t. IV, sur l'art. 1121, C. civ.)

Et ces règles qu'il faut suivre dans tous les contrats faits dans l'intérêt d'autrui, pourquoi ne faudrait-il pas les suivre pour le contrat des assurances sur la vie?

Sur ce point, la première doctrine de la Cour de cassation est parfaitement résumée au Sirey par l'annotateur, un éminent magistrat, M. Crépon (Sir. 1888, I, p. 124) : « la stipulation à « titre purement gratuit du bénéfice du contrat d'assurance sur « la vie, au profit d'un tiers déterminé, constitue une véritable « libéralité à laquelle sont applicables les règles concernant le « rapport, soit qu'il s'agisse d'assurer l'égalité des partages entre « cohéritiers ou de déterminer, à l'égard des réservataires, léga- « taires et donataires, le montant de la réserve ou de la portion « disponible ».

Mais a-t-on dit « pour faire une libéralité, il faut prendre dans « son bien la chose donnée, s'en dépouiller; or, la chose pré- « tendue donnée n'a jamais appartenu à celui qui l'a donnée; il « ne s'en est pas dépouillé, non seulement parce qu'elle ne lui « appartenait point, mais parce qu'elle n'existait pas (1)... »

(1) Comp. note sous Cass. civ., 29 juin 1896, Sir. 1896. 1. 361, col. 2 : ces expressions sont presque complètement empruntées à l'arrêt du 2 juillet 1884 (Sir. Cass. civ. 1885. 1. 5); ces expressions semblaient téméraires

Autant de mots, autant de sophismes : est-ce que le stipulant n'a pas créé le droit à l'assurance, il fait obtenir les avantages en résultant à un tiers.

Si l'opération avait été faite pour l'assuré, ses héritiers n'auraient-ils pas trouvé dans la succession le montant de l'assurance; or, c'est cet avantage dont il s'est dépouillé et qu'il avait dans son patrimoine; dès le contrat fait, la créance d'assurance lui appartenait, et il l'a transmise en la faisant placer sur la tête du tiers bénéficiaire.

Je traite avec un peintre, avec un sculpteur, pour une œuvre d'art, j'en paye le prix, et, à ma mort, j'ai transmis soit par testament, soit par donation, soit par stipulation pour autrui, le bénéfice du contrat, la prestation à fournir, qui oserait soutenir qu'à cette opération ne s'appliqueraient pas les règles relatives aux libéralités?

La jurisprudence a décidé que les donations indirectes sont soumises aux mêmes règles que les donations directement faites.

En facilitant à un héritier l'accès de la succession par une renonciation que je fais, à un héritier plus proche à cette succession, je fais à celui-ci une libéralité indirecte, soumise aux règles des libéralités (Rapport et réduction, Cass. 27 octobre 1886. Sir., 87. 1. 193.) Je ne me dépouille pas cependant, je ne fais rien passer de mon patrimoine dans celui de l'héritier acceptant. Je ne lui en fais pas moins une libératité, en lui assurant une acquisition que, sans moi, il n'eût pas faite et cela gratuitement.

En faisant une stipulation à titre gratuit, au profit d'un tiers déterminé, la jurisprudence dit que je fais une libéralité.

à M. Labbé. « Cette expression le capital se forme fait songer aux moyens « par lesquels le débiteur ménage ses réserves, opère des mises en réserve « afin d'être en état de payer. La compagnie rassemble toutes les primes « d'une année pour être en mesure de faire face aux exigibilités que pro- « duiront les décès dans le cours de cette année. Le jurisconsulte voit les « choses autrement. Ce paiement du capital n'est que la réalisation d'une « dette antérieure. Le contrat a fait naître un droit de créance qui est déjà « une valeur dans le patrimoine. La somme d'argent n'est que la représen- « tation matérielle de la valeur idéale contenue dans le droit de créance, « 1885, p. 7. »

J'avais fait un prêt, j'ajoute que le remboursement s'en fera à un tiers : que fais-je? une stipulation par autrui. Et gratuitement pour le tiers : c'est une libéralité (Cass. 26 mars 1884, Sir. 86. 1. 422). Or, comment peut-il se faire qu'en faisant naître, au profit d'un tiers, le bénéfice à une assurance, en gardant pour moi les charges de l'opération, les primes à payer, je ne fasse pas une libéralité. Au fond, qui a fait et figuré au contrat? moi seul, j'ai fait naître une créance, et cela sur la tête d'un tiers, au lieu de la faire naître pour moi et mes héritiers, comment peut-on faire abstraction du rôle joué par l'assuré, car le bénéficiaire n'a pas figuré lui-même au contrat, n'a pas traité avec la compagnie, comment donc aura-t-il un droit, si ce droit n'est pas né par mon fait, et s'il est né par mon fait et gratuitement, comment ne serait-il pas une libéralité?

M. Walh (au Sirey, 1900. 2. 1) justifie ainsi le rejet des règles des libéralités : « ... L'assuré n'a pas versé à l'assureur le « capital qui doit être remis au tiers bénéficiaire; il ne s'est ni « directement ni indirectement dépouillé de ce capital; il n'a pas « davantage négligé de l'acquérir; il n'a versé que les primes... « Le capital n'est donc ni sujet à rapport ni à réduction, parce « que, non seulement il n'a jamais appartenu à l'assuré, mais « l'assuré ne l'a pas fait acquérir au tiers bénéficiaire » (Sirey 1900, 2. 1). Nous retrouvons les objections indiquées plus haut. Nous y répondons de même. L'assuré a fait le contrat d'assurance, il a fait naître la créance contre la compagnie, à son profit ou au profit du tiers; si, à son profit, il l'a transmise au tiers; si, au profit du tiers, il en a été le créateur; par son fait et sa volonté, il a fait naître le droit sur la tête d'autrui; il s'est appauvri, au profit du tiers, de ce que celui-ci a gagné; donc il y a libéralité indirecte.

On a beaucoup insisté sur ce que l'assuré n'avait jamais eu la somme assurée dans ses mains pour prétendre qu'il ne faisait pas une libéralité?

Mais est-il donc nécessaire d'avoir eu la chose elle-même et de s'en dépouiller pour qu'il y ait libéralité? Non.

Car si je donne une créance, dira-t-on que je n'ai pas donné parce que les écus fournis par le débiteur ne m'ont jamais appar-

tenu ? Mais j'ai eu la créance, comme je l'ai fait naître contre la compagnie.

Lorsque l'on a reçu une libéralité, on en opère la réduction sur la valeur au jour du décès, c'est-à-dire sur une valeur que le donateur n'a jamais eue, et s'arrête-t-on à cette objection? Non.

La jurisprudence voit donc dans le contrat d'assurance sur la vie au profit d'une personne déterminée une stipulation pour autrui : le bénéficiaire recueille directement le produit de l'assurance, comme s'il eût figuré lui-même au contrat. Voyons les conséquences résultant de cette théorie :

1° Après la mort de l'assuré, le tiers qui a manifesté l'intention de tirer parti du contrat fait à son profit (1) recueille cette créance, non pas comme valeur successorale dépendant de la succession de l'assuré, mais comme un droit propre dont il est le titulaire (2) et, partant, la créance contre la compagnie ne peut être frappée d'aucune saisie-arrêt du chef des créanciers du stipulant, elle n'a jamais fait partie de sa succession : elle n'est pas une valeur successorale.

Ces résultats seraient à peu près les mêmes avec le système qui voit dans l'attribution de l'assurance au tiers désigné une transmission à titre onéreux ou à titre gratuit : car cette transmission, ayant fait sortir la créance contre la compagnie du patrimoine du stipulant, aucune saisie-arrêt du chef des créanciers de ce dernier ne serait possible.

Mais, dans ce dernier système, il faudrait réserver, au cas d'aliénation frauduleuse, l'application de l'action Paulienne.

Dans le système de la jurisprudence, cette action par les créanciers du stipulant ne saurait être recevable; le stipulant n'aliène rien, ne fait rien sortir de son patrimoine, il enrichit le tiers bénéficiaire sans s'appauvrir et, en conséquence, où trouver une base pour l'action Paulienne, qui atteint l'aliénation frauduleusement faite?

On a fait particulièrement l'application de ces principes au cas où la femme du stipulant était bénéficiaire désignée de l'assurance

(1) On admet aujourd'hui que le tiers peut accepter, tant du vivant du stipulant, qu'après la mort de ce dernier

(2) Cass. ch. civ. 2 juill. 1884, Sir. 85. 1. 5.

faite par son mari; au cas de faillite du mari, les créanciers de la faillite pouvaient-ils prétendre que la femme devait rapporter à la masse le bénéfice de l'assurance par application de l'art. 564 C. com.? La jurisprudence a répondu négativement. L'art. 564 du Code de commerce a voulu, en entourant ce droit de précautions minutieuses, donner au syndic le moyen de faire tomber des avantages faits par le failli et préjudiciables à la masse : or, dans la plupart des contrats d'assurances sur la vie, comment le paiement de petites primes pourrait-il porter préjudice aux créanciers? « La vérité est que donner aux créanciers le droit de « revendiquer le bénéfice de la police, ce serait dire que la sti- « pulation a été faite, non au profit de la femme désignée, mais « au profit des créanciers du failli, ce serait faire produire au « contrat des effets absolument opposés à ceux qui ont été dans « l'intention des parties contractantes (1). »

2° En interprétant l'assurance sur la vie comme stipulation pour autrui, c'est-à-dire comme une acquisition particulière pour le tiers bénéficiaire, la première jurisprudence de la Cour de cassation n'hésitait pas, cependant, à voir, dans ce cas, une opération qui, si elle intervenait au profit du tiers, sans bourse déliée, constituait une libéralité à laquelle il fallait appliquer les règles des libéralités.

Y avait-il contradiction entre cette solution et la précédente? Beaucoup de jurisconsultes le niaient, en faisant remarquer que l'art. 564 du Code de commerce était fait pour protéger les créanciers de la faillite contre un préjudice et que l'assurance au profit de la femme du failli ne leur en causait aucun.

Tandis que l'attribution à la femme constituait une libéralité soumise aux règles des libéralités.

Cette conciliation des deux solutions a été mise en relief dans une note au Dalloz par M. Boistel. L'annotateur du Sirey en 1888 se rattachait aux mêmes idées. « En résumé, la stipulation « faite gratuitement dans un contrat d'assurance sur la vie au « profit d'une personne déterminée constitue bien une libéralité,

(1) Note au Sirey, 1888, p. 125: Cass. 22 fév. 1888, Sir. 88. 1. 120 et jurisprudence citée.

« mais une libéralité *sui generis*. Cette libéralité est soumise aux « règles qui fixent la réserve et la quotité disponible, parce « qu'autrement elle pourrait permettre de porter atteinte au « principe de l'égalité des partages. Mais, par son caractère et sa « nature, elle ne rentre pas dans les avantages visés dans les « art. 559 et 564 C. com., avantages que la loi oblige la femme « du failli à verser dans l'actif de la faillite (1). »

D'autres jurisconsultes cependant, prédisaient que du moment que l'on dispensait la femme du failli, bénéficiaire du contrat d'assurance sur la vie, œuvre de son mari, de le rapporter à la masse, en proclamant qu'elle n'avait reçu de lui aucune libéralité, il faudrait bien arriver à dire que le bénéficiaire d'une assurance sur la vie, grâce à la stipulation faite à son profit, n'aurait à aucun titre à subir les règles relatives aux libéralités, ni rapport, ni réduction.

La Cour de cassation a proclamé cette conséquence en 1896 (2) et a abandonné ainsi une opinion, acceptée par les auteurs et souvent proclamée par elle-même dans de nombreux arrêts.

Nous avons dans cette note cherché à justifier l'ancienne jurisprudence et blamé ce revirement inattendu de doctrine.

Voici les conséquences de cette solution :

Un père de famille fait une grosse assurance, au profit de son fils aîné; toute sa vie, il paie les primes, amoindrit le bien-être de la famille, se met par cet engagement dans l'impossibilité de réaliser des économies sérieuses : et, sa mort venue, le fils aîné touche la somme assurée, sans être tenu, ni au rapport, ni à la réduction. Et si son père, par testament, lui a donné la quotité disponible, il aura sur l'ensemble du patrimoine, une part bien supérieure à celle des autres enfants, en même temps qu'en son propre nom le montant de l'assurance, et ce que nous supposons pour le fils, peut s'appliquer à un conjoint du second lit, à une maîtresse, etc.

Quand les magistrats seront en face d'hypothèses de cette nature, persisteront-ils dans leur système, et verront-ils dans la

(1) Note au Sirey, 1888, p. 2, p. 125.

(2) Cass. civ. 29 juin 1896, Sir., 96. 1. 351.

stipulation pour autrui une acquisition ne se rattachant en rien à la stipulation première et ne formant pas une libéralité?

L'erreur primordiale de toute cette jurisprudence a été peut-être de dénaturer la théorie de la stipulation pour autrui : il fallait y voir un moyen de faire parvenir à une personne désignée le bénéfice d'une stipulation que l'on faisait soi-même, et on aurait été amené à maintenir le bénéficiaire sous l'application des règles des libéralités.

En face d'une assurance sur la vie, contrat inconnu du Code, on n'a pas voulu appliquer les règles générales des contrats : mais on est arrivé à en faire un contrat soumis à une législation spéciale, que l'on a fait sortir tout entière de la stipulation pour autrui, grâce à une interprétation forcée; peut-être par là garantit-on la prospérité des compagnies d'assurance sur la vie, mais on trouble singulièrement les rapports juridiques sous lesquels sont placés les citoyens.

Car, si on compare l'hypothèse où le père de famille a fait une assurance sur la vie, et en transmet par testament le bénéfice à son fils aîné; et le cas où le père de famille fait une assurance sur la vie au profit de son fils aîné : dans les deux cas, on trouve l'intention du père, de faire profiter du bénéfice de l'assurance le fils : mais, tant la forme a d'importance; dans le premier cas, le fils reçoit une libéralité; dans le second, il est titulaire d'un droit né dans sa personne. Est-on sûr que ces distinctions juridiques soient entrées dans les préoccupations des contractants?

En présence de ces résultats et de ces contradictions, nous persistons à soutenir que, même en acceptant que l'assurance sur la vie, au profit d'une personne déterminée, constitue une stipulation pour autrui, le contrat réalise au profit du tiers bénéficiaire une libéralité faite indirectement, mais libéralité réelle, et qui a pour objet le montant même de l'assurance, c'est-à-dire la somme dont on a privé sa succession, et dont on a enrichi le bénéficiaire. A ce résultat nous voudrions voir les cours et les tribunaux se rattacher, c'est le seul qui nous paraisse logique, et tout à fait équitable; avec lui le bénéficiaire d'une opération, en présence d'héritiers à réserve n'aura jamais au delà du dispo-

nible. Ce que nous défendons ici c'est l'intérêt unique des descendants et des ascendants, car, vis-à-vis des héritiers non réservataires, la question n'offre pas d'intérêt, le disposant pouvant toujours dispenser du rapport, le successible donataire ou légataire, et ayant la faculté de disposer de ces biens en totalité.

La théorie nouvelle arrive à scinder les effets du contrat d'assurance sur la vie : à l'assuré, elle laisse les charges, le paiement des primes, et on attribue le profit et les avantages au tiers bénéficiaire, sans que cependant, il existe entre les deux aucune relation juridique. Ce résultat n'est-il pas singulier, il a choqué de très bons esprits. M. Labbé faisait remarquer l'étrangeté de la conclusion : car l'assuré, le stipulant, a fait le contrat; s'il n'en a pas les avantages, c'est ou bien qu'il les a transmis au tiers bénéficiaire, ou bien qu'il a représenté ce dernier dans l'opération.

Et la première alternative paraissant abandonnée, il soutenait énergiquement que l'assurance sur la vie au profit d'un tiers, constituait une gestion d'affaires, en faveur de ce dernier.

Cette idée a été acceptée par de très bons esprits.

Avec cette théorie, le tiers profitera de l'assurance en vertu d'un droit propre, le stipulant aura été, vis-à-vis du tiers un gérant; le bénéficiaire, maître de l'affaire, en ratifiant, fait l'affaire sienne et s'oblige à rembourser les dépenses utilement faites dans son intérêt, c'est-à-dire les primes payées pour l'assuré.

Il est certainement des cas où l'intention des parties peut être conforme à cette interprétation (1), mais dans le plus grand nombre d'hypothèses, le stipulant n'a pas songé à une gestion d'affaires, mais plutôt à une libéralité à faire au tiers désigné et, la plupart du temps, en gardant à sa charge les primes payées; et, dans ce cas, tout système qui n'appliquera pas les règles des libéralités, rapport et réduction, manquera de base et sera arbitraire : celui de la gestion d'affaires comme celui de la stipulation pour autrui avec les conséquences nouvelles qu'on y rattache.

Les partisans de l'opinion que nous combattons et qui, voyant dans l'assurance sur la vie une stipulation pour autrui et

(1) Comp. dans cette *Revue* la série d'articles de M. Pinchon (année 1898, p. 502, 529; année 1899, p. 21).

acceptant que le droit à l'assurance naît directement sur la tête du bénéficiaire et partant le dispensent du rapport et de la réduction, quant au montant de l'assurance, se demandent si tout au moins le bénéficiaire ne devrait pas rapporter les primes et si on ne devrait pas au montant cumulé des primes appliquer les règles de la réduction. Cette opinion a été récemment développée par M. Wahl (Sirey, 1900, 2).

Nous ne pouvons accepter cette solution : il nous paraît étrange d'appliquer aux primes payées le rapport et la réduction. On rapporte ce qu'on a reçu : or, le bénéficiaire n'a pas reçu les primes? Les a-t-on payées à son acquit?

Il est étrange qu'on veuille le considérer comme donataire d'une chose qu'il n'a pas reçue, que la compagnie ne pouvait pas lui réclamer, et qu'on ne veuille pas le reconnaître donataire de la chose qu'il a vraiment recueillie et dont il s'est enrichi.

Le stipulant n'a jamais voulu donner les primes; il les a payées à titre de dettes dont il était tenu, et il les a payées pour faire parvenir le montant de l'assurance au tiers bénéficiaire : celui-ci doit donc être considéré comme donataire de l'assurance et non des primes.

Avec le système de M. Labbé, le tiers profitait de l'assurance et devait payer les primes, dont on avait fait l'avance pour lui, mais avec le système de la stipulation pour autrui, faisant naître un droit propre au tiers bénéficiaire, comment soutenir qu'il est donataire des primes?

Nous ne voulons pas, dans l'intérêt de notre système, invoquer la loi fiscale; nous reconnaissons qu'en votant la loi fiscale, on s'est défendu de vouloir trancher une question de droit civil; mais il n'en est pas moins vrai que le tiers désigné devenu bénéficiaire d'une assurance sur la vie est considéré par la loi fiscale comme un successeur à cause de mort du montant de l'assurance, qu'il recueille au décès de l'assuré. Or, ne faudrait-il pas, autant que possible, empêcher les oppositions entre le droit civil et le droit fiscal, et admettre dans le premier des solutions que ne contredisent pas les données fiscales?

Nous espérons et souhaitons un retour en arrière par la Cour de cassation, et l'abandon d'une jurisprudence de nature à jeter

une grande perturbation dans les relations juridiques. Souvent déjà notre première Cour de justice a compris la nécessité de modifier ses décisions ; espérons qu'elle comprendra, cette fois encore, qu'elle est entrée dans une mauvaise voie à abandonner au plus tôt. A. VIGIÉ.

DE LA COMPÉTENCE *RATIONE PERSONÆ* DES TRIBUNAUX DE COMMERCE D'APRÈS LE LIEU DE LA PROMESSE (Art. 420, C. proc. civ.),

Par M. Georges Ferron, professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université d'Aix-Marseille.

L'art. 420 du Code de procédure civile permet au demandeur, en matière commerciale, d'assigner son adversaire à son choix devant l'un des trois tribunaux suivants : tribunal du domicile du défendeur, tribunal dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée, tribunal dans l'arrondissement duquel le paiement devait être effectué. Il y a là une exception remarquable aux principes ordinaires de la compétence *ratione personæ* : c'est, dans certains cas, le renversement complet de la règle : *Actor sequitur forum rei*. En vertu de cette disposition, en effet, le défendeur pourra être contraint d'aller plaider loin de son domicile, assez souvent même devant le tribunal du domicile du demandeur. On comprend, dès lors, combien il importe de déterminer exactement les conditions auxquelles le législateur a soumis une pareille dérogation.

Je n'ai point l'intention d'examiner ici les nombreuses difficultés qu'a soulevées le texte entier de l'art. 420, un de ceux que la jurisprudence a eu le plus souvent à interpréter, un de ceux sous lesquels, dans les Codes annotés ou les Recueils d'arrêts, on trouve toujours de très nombreuses décisions. Cantonnant mon étude sur un point spécial, je voudrais uniquement rechercher ce qu'il faut entendre au juste par ces mots : « *dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite* ».

Je laisse volontairement de côté la fin de l'alinéa : « *et la marchandise livrée* », en indiquant simplement que, d'après une

jurisprudence constante approuvée par une doctrine unanime, les deux circonstances de promesse et de livraison doivent s'être réalisées dans le ressort du même tribunal pour que ce tribunal soit compétent (1). C'était déjà la solution admise sous l'empire de l'ordonnance de 1673 (tit. XII, art. 17), dont les termes ont été presque textuellement reproduits par notre disposition (2), et il semble bien résulter des travaux préparatoires du Code de procédure que le législateur moderne a voulu adopter le même système (3). Il est donc bien entendu qu'en attribuant compétence à tel ou tel tribunal à raison du lieu de la promesse, nous supposerons toujours que le lieu de la délivrance est situé dans le même ressort.

Cette précision faite, revenons à la première partie de l'alinéa. Quel sens exact faut-il attribuer à l'expression : lieu *où la promesse a été faite?*

§ 1.

On dit partout que la lieu de la promesse est le lieu où le contrat s'est formé, est devenu parfait. La question, dans l'opinion générale, revient donc à se demander en quel endroit un contrat acquiert sa perfection. — La solution est facile à donner, lorsque la convention se forme entre présents : le lieu de la promesse est l'endroit où se sont échangés les consentements, où les

(1) V. les très nombreuses autorités citées dans le *Répert. gén. alph. du dr. franç.* de Fuzier-Herman, v° *Compét. civ. et comm.*, n° 1123.

(2) V. Jousse, *Comment. sur l'ordonn. du commerce*, sous l'art. 17 du tit. XII.

(3) Le projet présenté au Conseil d'Etat contenait un art. 414 (correspondant à l'art. 420 actuel) ainsi conçu : « Le demandeur pourra citer à son choix, devant le tribunal du domicile du défendeur; — devant celui dans l'arrondissement duquel la marchandise a été livrée; — devant celui dans l'arrondissement duquel le paiement devait être effectué; — devant celui du lieu où le contrat s'est passé. » — Or Regnaud de Saint-Jean d'Angely fit remarquer que l'ordonnance de 1667 (*Sic :* il faut évidemment lire 1673) cumulait deux conditions que la section de législation avait divisées. Sur cette observation, après une très courte discussion, le Conseil d'État décida de copier textuellement l'ordonnance. — V. Locré, *Législat. civ. com.* etc., t. XXI, p. 245 et 307.

parties se trouvaient ensemble au moment où elles sont tombées d'accord. Mais la question devient plus délicate lorsque les parties traitant par correspondance, par l'intermédiaire d'un commis-voyageur, ou même par téléphone, le contrat se forme entre absents.

Ne prenons, pour le moment, que la première hypothèse, celle du contrat par correspondance. Deux commerçants ont négocié une affaire par lettres. Pour savoir quel est le lieu de la promesse, il faut, dit-on, déterminer à quel moment et, par suite, en quel lieu la convention a commencé d'exister (1). Jusque-là, on est d'accord; mais à quel moment la convention par lettres est-elle parfaite? Voilà où on ne s'entend plus. Il serait inutile d'exposer ici les détails de la controverse qu'a fait naître ce point délicat. Sans analyser les différentes théories dégagées par l'analyse pénétrante des jurisconsultes, on peut dire que les opinions se sont partagées en deux courants principaux. D'après les uns, il suffit, pour que le marché par correspondance soit parfait, qu'il y ait eu acceptation de celui à qui l'offre a été faite (théorie de *la déclaration*), ou, du moins, suivant une variante, que l'acceptation de l'offre ait été manifestée d'une façon telle qu'il ne soit plus au pouvoir de l'acceptant de l'arrêter ou de l'anéantir (théorie de *l'expédition*). Conséquence : Ce serait le lieu d'où a été expédiée la lettre d'acceptation définitive du marché qui serait le lieu de la promesse au sens de l'art. 420. — D'après les autres, il faut, pour que le contrat acquière sa perfection, que la lettre d'acceptation soit connue de l'offrant (théorie de *l'information*), ou, du moins, qu'elle lui soit parvenue (théorie de *la réception*) (2). Le lieu de la promesse serait donc le lieu où a été reçue la lettre d'acceptation définitive (3).

(1) V. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit com.*, t. III, n° 25, p. 19; J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, p. 123-124; Girault, *Traité des contrats par correspondance*, p. 113.

(2) Je n'ignore pas que théoriquement le système de la réception n'est qu'une variante du système de l'expédition; mais par ses conséquences pratiques il se rapproche beaucoup plus du système de l'information. V. J. Valéry, *op. cit.*, p. 145.

(3) V. sur ces différentes théories, J. Valéry, *op. cit.*, p. 117 et suiv.; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, n° 37, et les nombreuses autorités citées dans chaque sens par ces auteurs.

Il y a là une première difficulté qui est de nature, on le comprend, à jeter le trouble dans les relations commerciales. Lorsqu'il traite avec un correspondant éloigné, le commerçant a besoin de savoir devant quel tribunal il pourra être assigné si un litige s'élève, surtout à quel juge il devra s'adresser si l'autre partie n'exécute pas ses engagements. Le risque d'aller plaider loin de son domicile doit entrer en ligne de compte dans l'appréciation des éléments du marché. C'est en vain qu'il cherchera une solution ferme à cette question, puisque la solution dépend uniquement de l'opinion que professeront les magistrats sur la question théorique de perfection du contrat.

Mais ce n'est pas le seul inconvénient de l'interprétation généralement donnée au mot *promesse* de l'art. 420. S'il n'y avait que la controverse juridique, on pourrait espérer la voir cesser un jour. Ce qui est beaucoup plus grave, c'est qu'il me paraît impossible, quelle que soit la valeur des arguments invoqués en faveur de tel ou tel système, de donner la préférence à l'un ou à l'autre, du moins, au point de vue qui nous occupe. Lorsque la correspondance s'est bornée à un échange de deux lettres, la demande et la réponse, l'offre et l'acceptation, le système de la *déclaration* ou de l'*expédition* paraît évidemment le meilleur : l'un des contractants a proposé un marché; si une difficulté s'élève, il est assez naturel qu'il puisse être contraint d'aller plaider devant le tribunal du lieu où il a adressé ses offres, lors même qu'il serait défendeur dans l'instance. Il serait, au contraire, peu naturel qu'il pût comme demandeur traîner devant un tribunal éloigné celui qu'il est venu solliciter. Mais très souvent la conclusion d'un marché n'a lieu qu'à la suite d'une correspondance plus étendue; la réponse à la première lettre peut nécessiter elle-même une réponse, etc., etc. Dans ce cas, les divers systèmes se valent; ils aboutissent tous, lorsqu'on veut les faire servir à la détermination du tribunal compétent d'après le lieu de la promesse, à des résultats plus que bizarres. Avec les uns et les autres, en effet, dans une affaire déterminée, la compétence variera, et on pourra saisir tel ou tel autre tribunal, suivant que le nombre des lettres échangées entre les parties sera pair ou impair.

Cette proposition peut sembler paradoxale, l'exactitude en sera facilement démontrée par un exemple. Ne prenons, pour plus de simplicité, que l'un des systèmes, celui de la *déclaration*, et supposons un instant que tout le monde soit d'accord pour admettre que le contrat par correspondance se forme au lieu d'où part la lettre d'acceptation définitive; nous allons voir, suivant les circonstances, à quelles solutions cela nous conduit. Pierre, négociant à Bordeaux, a reçu un stock de café qu'il voudrait vendre à l'un de ses clients, Jacques, négociant à Marseille; il se décide donc à faire une offre par lettre ou par télégramme. Mais, cette offre, il peut la formuler de deux façons différentes. Il peut écrire : *Je tiens à votre disposition telle quantité de café, à tel prix. Êtes-vous acheteur?* Ou bien : *Je tiens à votre disposition telle quantité de café. Êtes-vous acheteur et à quel prix?* Se douterait-on que le parti qu'il va prendre sur ce point, en apparence très secondaire, pourra influer considérablement sur l'attribution de compétence pour les litiges futurs qui naîtront de cette affaire? Telle est cependant la réalité. — Dans le premier cas, Jacques pourra répondre par une acceptation pure et simple, le contrat sera immédiatement formé et, avec le système de la *déclaration* sur lequel nous raisonnons, le lieu de la promesse sera Marseille. Donc, si un différend s'élève, Jacques pourra assigner son vendeur à Marseille, sans être obligé d'aller le poursuivre à Bordeaux, et il ne pourra lui-même être assigné qu'à Marseille. — Dans le second cas, au contraire, Jacques ne peut accepter l'offre qui lui est faite puisqu'on ne lui fixe pas de prix. Il devra donc répondre de Marseille (2e lettre) pour indiquer son intention de traiter et proposer un prix, et c'est Pierre qui, par une troisième lettre de Bordeaux sur Marseille, acceptera définitivement le marché si le prix lui a paru suffisant. Conséquence : le lieu de la promesse, étant toujours donné le système de la *déclaration*, ne sera plus ici Marseille, mais Bordeaux, et, au cas de difficultés, Pierre pourra assigner son acheteur à Bordeaux ou à Marseille, à son choix, tandis que Jacques ne pourra assigner son vendeur qu'à Bordeaux. Le tribunal compétent d'après le lieu de la promesse était celui de Marseille dans la première hypothèse, c'est celui de Bordeaux dans la deuxième.

Cette distinction à laquelle on aboutit forcément, paraît encore plus illogique si l'on songe que, par sa réponse, le destinataire de l'offre peut à son tour modifier la compétence. A la lettre : *Etes-vous acheteur et pour quel prix?* Jacques peut répondre : *Je suis tout disposé à traiter, mais je désire être fixé par vous sur le prix exact auquel vous pouvez céder vos marchandises.* A moins de renoncer au marché, Pierre devra, après avoir fait une offre sur la chose, en faire une sur le prix (3e lettre de Bordeaux sur Marseille), et si ces offres sont agréées, ce sera par une quatrième lettre de Marseille sur Bordeaux que le contrat deviendra parfait. Le lieu de la promesse sera Marseille, comme dans la première hypothèse.

On avouera que cette diversité de solutions est au moins singulière et de nature à jeter le trouble dans l'esprit des gens qui ne sont pas habitués aux subtilités juridiques. En dehors du nombre des lettres échangées, il est difficile de découvrir entre les trois hypothèses une différence essentielle qui explique ces changements de compétence. Est-ce que, dans tous les cas, ce n'est pas le même individu qui est venu faire une proposition à l'autre, qui a pris l'initiative du marché? Si une exception aux règles ordinaires de la compétence doit être admise, ne doit-elle pas dans tous les cas fonctionner en faveur de celui dont on est venu solliciter le consentement? Peut-on admettre que, suivant la forme donnée à la pollicitation, ce soit tantôt l'auteur de l'offre, tantôt l'autre partie qui puisse forcer l'adversaire à se déplacer pour venir comme défendeur plaider devant un tribunal autre que celui de son domicile? C'est cependant à ce résultat que l'on arrive, si l'on admet que le lieu de la promesse est le lieu où le contrat devient parfait. Et ce n'est pas seulement le système de la *déclaration* ou de l'*expédition* qui produit un pareil effet : tout ce que nous venons de dire s'applique, *mutatis mutandis*, au système de l'*information* ou de la *réception*. Quelle que soit la théorie adoptée sur la question de perfection du contrat, la compétence variera suivant que la lettre portant acceptation définitive émanera du destinataire de l'offre ou du pollicitant lui-même, ou, comme je le disais plus haut, suivant que le nombre des lettres échangées sera pair ou impair. Il nous faut donc en venir à cette

conclusion que l'un des contractants, fût-il l'auteur de l'offre, pourra, par un artifice épistolaire, si l'autre partie n'y prend pas garde, se ménager le droit de plaider dans tous les cas, devant le tribunal de son propre domicile. — Est-ce admissible?

Ces difficultés ne pouvaient échapper à la jurisprudence. Mieux placée en général que la doctrine pour se rendre compte des nécessités pratiques, elle cherche et réussit assez souvent à les concilier avec les textes parfois un peu étroits qu'elle a mission d'appliquer. Comment s'est-elle donc tirée de la difficulté présente? — Les Cours d'appel se sont, dès l'origine, divisées sur la question entre les deux groupes de théories indiquées plus haut. Tandis que d'après certains arrêts la promesse est réputée faite et le contrat formé *aussitôt après l'expédition de la dépêche ou de la lettre* d'acceptation (1), et par conséquent *non point au lieu d'où l'offre est partie, mais dans celui où elle a été acceptée* (2); d'après d'autres, au contraire, *le contrat ne se noue et ne constitue une obligation parfaite qu'à l'heure et au lieu où celui qui a fait la promesse reçoit la lettre d'acquiescement aux offres par lui faites* (3). Nous verrons plus loin par suite de quelles préoccupations les Cours ont été amenées à consacrer des solutions si divergentes. Qu'il nous suffise pour le moment de constater que si le désaccord règne dans la doctrine, il ne se manifeste pas moins dans la jurisprudence.

On se serait attendu à voir la Cour de cassation ramener un peu d'ordre dans ce chaos. Il n'en a rien été; non point qu'elle n'ait point été saisie de la question, elle a eu plusieurs fois à s'en occuper; mais si l'on excepte quelques arrêts anciens, il

(1) Rouen, 28 fév. 1874 (D. 77. 2. 222).

(2) Poitiers, 21 janv. 1891 (D. 92. 2. 249, avec la note de M. Glasson); dans le même sens : Lyon, 1er juin 1857 (D. 58. 2. 20); Caen, 15 juin 1871 (D. 72. 5, 111); Rennes, 6 fév. 1873 (D. 75. 2. 224; S. 73. 2. 261); Douai, 15 mars 1886 (D. 88. 2. 37); Lyon, 12 avr. 1892 (D. 93. 2. 324); Limoges, 2 mars 1894 (D. 95. 2. 257).

(3) Bourges, 19 janv. 1866 (D. 66. 2. 64; S. 66. 2. 218); Cf. dans le même sens Bruxelles, 25 fév. 1867 (D. 67. 2. 193; S. 68. 2. 182); Lyon, 29 avr. 1875 (S. 75. 2. 263); Chambéry, 8 juin 1877 (D. 78. 2. 113; S. 77. 2. 252).

semble que, dans toutes ses décisions, elle ait cherché à éviter la difficulté plutôt qu'à la résoudre. Ainsi, dans une affaire Gillain, qui avait fait l'objet devant la Cour de Bourges de l'arrêt précité du 19 janvier 1866, sur lequel nous aurons à revenir, la Chambre des requêtes décide « que le lieu de la promesse est fixé au mo-
« ment où le contrat est devenu parfait entre les parties, mais
« que dans les contrats qui se lient par correspondance, la ques-
« tion de la fixation de ce moment est *une question de fait plus*
« *que de droit*, en ce sens que la solution de cette question peut
« varier selon les circonstances particulières de chaque espèce, de
« telle sorte que les juges du fond sont revêtus sur ce point d'un
« pouvoir souverain d'appréciation (1) ».

Des expressions identiques se retrouvent dans un autre arrêt de la Chambre des requêtes du 1er décembre 1875 (2) :

« Attendu qu'au point de vue de la compétence *ratione materiæ*
« en matière de vente commerciale, le lieu de la promesse,
« d'après l'art. 420 du Code de procédure civile, est déterminé
« par le moment où le contrat est définitivement arrêté entre les
« parties, que dans les marchés qui se lient par correspondance
« entre négociants, la fixation de ce moment *est une question de*
« *fait plutôt que de droit...* » Et la Chambre civile, saisie à son tour, semble avoir adopté la même solution, bien que les termes de sa décision soient moins précis : « Attendu que les faits dont il
« s'agit ne sont pas contestés par l'arrêt attaqué, mais que la Cour
« de Paris tout en admettant leur existence a pu valablement
« décider *par appréciation des circonstances de la cause*, que
« la convention intervenue entre les parties était devenue défini-
« tive dans l'arrondissement de... (3) »

On ne peut s'empêcher d'éprouver une certaine surprise à la lecture de ses documents. Ce n'est point la tendance de la Cour de cassation d'augmenter ainsi les pouvoirs d'appréciation des juges du fond; elle est plutôt portée à les restreindre et il faudrait ignorer complètement son histoire pour ne pas savoir que, si elle a

(1) Cass. req. 6 août 1867 (D. 68. 1. 35).
(2) D. 77. 1. 451.
(3) Cass. civ. 30 mars 1881 (D. 81. 2. 359).

pris en ce siècle « la direction souveraine de toute l'interprétation juridique », c'est par une série de légers empiètements qui ont notablement étendu sa mission primitive (1). Sa réserve sur ce point paraît d'autant plus inexplicable qu'elle a depuis longtemps affirmé son autorité sur des points voisins présentant avec celui qui nous occupe des analogies frappantes. Pour ne prendre qu'un exemple, la Cour de cassation qui déclare n'avoir pas à se prononcer sur le moment et sur le lieu où se forme le contrat par correspondance, ne s'est-elle pas cependant très nettement prononcée lorsqu'il s'est agi de déterminer le moment et le lieu où se forme le contrat par commis-voyageur (2)? Il est difficile de comprendre comment ses pouvoirs peuvent varier suivant que le contrat entre absents s'est formé par l'intermédiaire de la poste ou d'un représentant.

Aussi bien cette attitude n'a-t-elle pas été sans soulever des critiques et des étonnements : « A notre avis, a dit M. Glasson, dans une de ses notes au Dalloz (77. 1. 450), la Cour de cassation a été beaucoup trop loin lorsqu'elle a décidé en termes tout à fait généraux par son arrêt du 1er décembre 1875 (qui reproduit les termes de l'arrêt de 1867) que dans les marchés par correspondance, la fixation du lieu où le contrat s'est formé est une pure question de fait abandonnée à l'appréciation souveraine des juges du fond (3). »

Il ne faudrait point croire d'ailleurs que les scrupules de la Cour de cassation s'expliquent en notre matière par la façon dont la question lui était présentée. On aurait compris qu'elle y eût vu un point de fait, si les décisions soumises à sa censure avaient

(1) V. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé*, p. 557 et suiv. — Cf. même ouvrage, p. 77 et suiv.

(2) Cass. civ. 31 août 1852 (S. 53. 1. 177; D. 52. 1. 225); Cass. 25 février 1879 (S. 79. 1. 153; D. 79. 1. 102).

(3) M. Valéry dit de son côté : « Il est donc étrange, en présence surtout des difficultés que les auteurs éprouvent à s'entendre sur le moment qui doit être considéré comme celui de la formation des contrats par correspondance, que la Cour suprême abandonne entièrement l'appréciation de cette question aux juges du fond. En s'abstenant de trancher cette difficulté, elle ne remplit pas la mission pour laquelle le législateur l'a instituée, qui est de maintenir l'unité de la jurisprudence. » (Valéry, *op. cit.*, p. 125.)

elles-mêmes statué en fait en employant les formules que nous trouvons dans certains arrêts de Cour d'appel : « Attendu que c'est en tel lieu que la promesse a été faite... » (Caen, 15 juin 1871). « Considérant que... le traité formé par correspondance s'est réalisé à Paris... » (Lyon, 29 avril 1875). Mais pas du tout! Dans l'affaire Gillain, sur laquelle a statué l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 6 août 1867, voici en quels termes s'était prononcée la Cour d'appel de Bourges : « Considérant qu'entre absents la lettre missive remplace la parole comme expression de la pensée, qu'une lettre écrite mais non reçue par le destinataire est à son égard comme une pensée non exprimée...; que pour qu'il y ait contrat, il faut qu'il y ait eu échange ou de paroles ou de lettres...; que dès lors le contrat ne se noue et ne constitue une obligation parfaite qu'à l'heure ou au lieu où celui qui a fait la promesse reçoit la lettre d'acquiescement aux offres par lui faites... » C'est bien un point de droit qui était résolu par l'arrêt attaqué.

Ainsi donc tout est bizarre en cette matière ; ni les auteurs ni les tribunaux ne peuvent se mettre d'accord, et la Cour de cassation, régulateur suprême de la jurisprudence, semblant oublier sa mission, refuse de se prononcer. Tout cela ne viendrait-il pas d'une erreur au point de départ? On a admis sans discussion que la détermination du lieu de la promesse est liée à la détermination du moment où le contrat s'est formé. Mais c'est là, selon moi, qu'on a fait fausse route. Je crois qu'on a uni deux idées qui auraient dû rester distinctes et que, si la fixation du lieu de la promesse n'est, en réalité, qu'une question de fait, c'est que les mots « lieu de la promesse » ne sont point synonymes de ces autres mots « lieu du contrat, lieu où le contrat est devenu parfait. »

(A suivre.) GEORGES FERRON.

ESSAI D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE DE LA SUBROGATION RÉELLE

Par M. Demogue, docteur en droit, Chargé de conférences à la Faculté de Droit de Paris.

Un bien quelconque arrive entre les mains d'une personne. Il peut y arriver de deux manières très différentes et qu'il me suffit de rappeler. Il se peut tout d'abord que cette acquisition ne se rattache directement à l'aliénation d'aucun droit antérieur, ou, plus généralement, à aucune diminution, à aucune perte éprouvée par le patrimoine de l'acquéreur. C'est le cas si elle a été réalisée en vertu d'une donation, d'un legs, ou en vertu de la loi, s'il s'agit de la découverte d'un trésor.

Mais cette hypothèse n'est pas la plus usuelle. Les transmissions ou les créations de droits faites à titre purement gratuit ne sont que la minorité. Le plus souvent, les acquisitions que fait une personne offrent un lien apparent avec l'aliénation ou la perte d'une valeur contenue auparavant dans son patrimoine. Elles dérivent d'un contrat de spéculation, au sens très large du mot, ou d'un délit ou quasi-délit; elles se rattachent au dessein de réaliser un bénéfice ou d'éviter une perte. C'est un immeuble, c'est une valeur de bourse, qui ont été acquis à prix d'argent. Ce sont des dommages-intérêts qu'un tiers a dû payer pour un bien qu'il avait laissé périr par sa faute ou qu'il a volontairement détruit, à raison d'un immeuble qu'il a laissé se dégrader, alors qu'il en avait l'administration, ou qu'il a volontairement détérioré. C'est encore une indemnité d'assurance payée à la suite d'un incendie, et qui n'a été obtenue que grâce au paiement des primes et au prix de la perte de la chose assurée.

Sans la disparition d'un bien ancien, par vente, échange, renonciation, destruction ou autrement, le bien nouveau ne serait pas là. L'extinction du droit de propriété qui existait sur le bien ancien a fait acquérir un droit de propriété ou naître un droit de créance nouveaux. Nous sommes bien, ici encore, en présence d'un bien nouveau; mais, dans cette seconde hypothèse que nous envisageons, se présente un fait caractéristique : le

patrimoine n'aura pas, le plus souvent, varié beaucoup de valeur avec cette acquisition. Ordinairement, la fortune de son propriétaire n'aura ni augmenté ni diminué de façon considérable. Je dis ordinairement, car s'il est difficile d'admettre que les deux biens ont jamais entre eux une égalité absolue de valeur, il faut reconnaître qu'exceptionnellement seulement l'aliénation se fera dans des conditions tout à fait désastreuses ou très avantageuses. En tenant compte de ces faits, en tenant compte aussi des différences de valeur qui pourront s'accentuer entre le bien aliéné et le bien acquis, les cours de l'un augmentant tandis que ceux de l'autre fléchissent de plus en plus, nous pouvons dire cependant que, sous l'apparence d'un bien nouveau, nous n'avons pas une valeur nouvelle. Et c'est pour cela que, dans cette hypothèse, va pouvoir se poser la question de la subrogation réelle.

Selon l'angle sous lequel nous envisagerons le bien ainsi acquis à titre onéreux, selon que nous considérerons ou non qu'il rappelle par sa présence un bien ancien, dont il n'est en somme qu'un produit d'un genre un peu particulier, nous le traiterons juridiquement de manières toutes différentes.

Ou bien nous dirons : peu nous importe par quelle série d'événements cet objet a été acquis, grâce à quels contrats ou à quels faits il se trouve aujourd'hui la propriété de telle personne. Nous ne constatons qu'une seule chose : nous sommes en présence d'un immeuble qui n'était pas auparavant dans le patrimoine. Sa situation sera la même, qu'il soit arrivé à titre gratuit ou onéreux. Elle ne variera pas suivant qu'il viendra d'un legs, d'un achat ou d'une dation en paiement. Nous ne voyons pas de raison de distinguer. Peu nous importe que le bien ancien fût meuble ou immeuble, bien propre ou bien de communauté, paraphernal ou dotal. Nous ne nous préoccupons pas de cette sorte de généalogie de l'immeuble pour décider s'il doit avoir les mêmes qualités.

Cela ne veut pas dire cependant que ces qualités ne lui seront jamais reconnues. Elles le lui seront toutes les fois que la loi ou que la convention auront prévu que tel bien à venir jouira de telle qualité, sera dotal ou commun, par exemple. De même le bien nouveau fera partie, comme l'ancien, du gage général des

créanciers. Mais c'est que l'art. 2092 C. civ. comprend dans ce gage tous les biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. De même le bien acquis en échange d'un immeuble sera traité comme immeuble s'il rentre lui aussi dans les énumérations des art. 518 et suivants C. civ. Mais alors cette qualité naîtra en lui ou elle continuera à le suivre dans un patrimoine nouveau comme dans les précédents; elle n'aura pas été transportée sur lui après avoir affecté un autre bien. Sa raison d'être ne sera pas dans l'existence d'une qualité identique sur l'objet qu'il remplace dans le patrimoine. Cette qualité ne sera pas inspirée par un motif en quelque sorte historique.

On peut, au contraire, en considérant ce meuble ou cet immeuble récemment acquis, se demander comment il est venu là, rechercher quels étaient ses prédécesseurs ou, tout au moins, son prédécesseur dans le patrimoine où il est aujourd'hui. On peut alors, faisant état de cette origine, dire que les qualités juridiques qui caractérisent le bien aliéné ou perdu, ou du moins certaines d'entre elles, se transporteront sur le bien acheté à sa place : celui-ci sera propre, ou dotal, ou grevé de substitution, parce que l'autre avait avant lui cette situation spéciale.

On se trouvera alors en présence d'une situation analogue à celle dont parlent les art. 1250 et 1251 C. civ. et qu'on nomme subrogation personnelle. Dans les cas assez nombreux visés par ces articles, lorsqu'un creancier reçoit paiement d'une tierce personne et déclare la subroger dans ses droits, ou lorsqu'une personne étant elle-même créancière paie un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques, nous voyons que rien ne se trouve changé à l'égard des tiers. sauf la personne du titulaire de la créance. De même ici, il n'y aura rien de changé dans l'ordre juridique, sinon les biens qui seront affectés de telle ou telle qualité ou sur lesquels s'exerceront tels ou tels droits. Ces qualités ou ces droits (1) passeront de l'immeuble ancien au nouveau comme les prérogatives d'une fonction passent à ceux qui l'occupent successivement. Ainsi

(1) Les deux choses en effet sont identiques. La qualité n'est que le droit envisagé du côté du bien, et le droit la qualité envisagée du côté des personnes.

s'explique l'expression de subrogation réelle employée aussi bien dans notre ancien droit que dans le droit moderne pour désigner ce phénomène. Phénomène assurément bizarre et exceptionnel en apparence, puisqu'il semble vouloir perpétuer le passé dans le présent, en dépit des besoins nouveaux qui surgissent, mais qui, nous espérons le montrer, peut avoir des résultats bienfaisants, car il permet aux particuliers de poursuivre quelques visées de longue durée, et il assure dans les entreprises à échéance un peu longue une certaine stabilité indispensable à un bon état social.

I.

La subrogation réelle n'est certainement pas inconnue dans notre droit actuel. Il est indubitable qu'en certains cas la loi l'admet, que certaines qualités se transportent des biens anciens aux biens nouveaux qu'ils ont servi à acquérir. On peut en citer pour exemple l'art. 1407, C. civ., d'après lequel « l'immeuble acquis pendant le mariage à titre d'échange contre l'immeuble appartenant à l'un des deux époux n'entre point en communauté et est subrogé au lieu et place de celui qui a été aliéné ». Ce n'est pas la seule hypothèse prévue par la loi. Dans le régime de communauté et le régime dotal, la loi a prévu d'autres cas encore, qu'il est inutile de préciser pour le moment (1).

Mais il convient de remarquer tout d'abord que les questions de subrogation sont loin d'être toutes tranchées en matière de régimes matrimoniaux. Et pour les autres matières, rien n'est dit ou à peu près, dans les différents cas où on peut se demander s'il y a subrogation réelle. Une théorie générale fait donc défaut en notre matière. Nous manquons d'un texte général, ou d'une série complète de textes particuliers qui nous permettent de solutionner les difficultés pratiques qui se présentent. Les législateurs de 1804, fidèles à leur façon ordinaire de légiférer, ont négligé de résoudre ces questions générales qui planent au-dessus de tout le droit civil.

Mais ici la solution de cette question générale peut-elle au

(1) Rappelons simplement les art. 1434, 1558 *in fine*, 1559.

moins se tirer de l'histoire? Trouvons-nous dans la tradition un point d'appui solide? Avons-nous dans l'ancien droit des principes universellement proclamés, dont l'application seule donnerait lieu à contestation? Découvrons-nous ici chez nos anciens auteurs un système plus ou moins complet que les rédacteurs du Code se seraient implicitement appropriés en en consacrant quelques conséquences?

Les cas en effet ne sont pas rares où, sous la chétive apparence de quelques dispositions éparses, c'est toute une théorie qui de notre ancien droit a passé dans le droit nouveau, ce sont les principes élaborés dans le passé qui enserrent le développement de la vie présente. En est-il de même ici?

On est obligé malheureusement de répondre par la négative. Sans doute, on trouve bien dans notre ancien droit des cas dans lesquels la subrogation réelle était admise par tout le monde.

Il en était ainsi tout d'abord pour ceux prévus par des articles des coutumes, quoique l'interprétation en fût différente selon les cas : certains articles étant étendus aux ressorts des coutumes muettes, d'autres au contraire n'ayant pu pénétrer dans la sphère du droit commun. Même en dehors des hypothèses prévues par les textes, il y avait encore des points où dans le droit coutumier, par une sorte de consentement universel, on admettait la subrogation.

Mais si de ces applications certaines nous voulons remonter aux principes, nous voyons qu'il n'y en avait guère d'indiscutés, qu'aucun des systèmes proposés en notre matière n'était parvenu à s'imposer. Les solutions spéciales seules étaient de droit certain. Tout le reste flottait dans une perpétuelle controverse. De divers côtés, les auteurs avaient bien cherché à établir un criterium et à en déduire les cas dans lesquels seuls il y aurait subrogation, car tous admettaient que la subrogation ne se produit pas dans tous les cas, que tous les biens qui remplacent les biens anciens n'en revêtent pas toutes les qualités. C'est presque le seul point commun de leurs doctrines, avec cette autre idée que la subrogation est une fiction, puisque un bien est censé être un autre bien, langage qui, dit-on, indique assez une théorie contraire à la nature vraie des choses.

Dumoulin, suivi en cela par Brodeau et un certain nombre d'autres auteurs, avait fait reposer sa théorie tout entière sur la distinction des qualités intrinsèques et des qualités extrinsèques. Les premières étant primordiales, réelles et naturelles se transportent de l'immeuble aliéné au bien acquis à sa place : telle est la qualité d'immeuble, de conquêt de propre paternel ou maternel. Les qualités extrinsèques, comme celle de bien féodal, étant purement accidentelles et fortuites, elles ne passent pas d'un bien à un autre (1). Ce système était assez bizarre, tout au moins par le caractère que l'on attribuait aux différentes qualités : car comment admettre que la qualité de fief ou de censive fût extrinsèque et que celle de conquêt ne le fût pas? Ne sont-elles pas également accidentelles? Ni l'une ni l'autre ne résultent de la nature des choses. Et comment prétendre aussi que la qualité d'immeuble pût ainsi passer d'un bien immeuble au meuble qui le remplace?

Cette théorie fut tout au moins taxée d'exagération (2). Et Duplessis soutint sur ce point un système absolument contraire (3) qu'il se garda d'ailleurs de développer et de justifier, d'après lequel la subrogation se produisait seulement pour les qualités extrinsèques, et non pour les qualités intrinsèques, prenant ainsi le contre-pied du système de Dumoulin et de Brodeau.

On avait plus souvent cherché d'un autre côté la solution. Renusson soutenait un autre système qu'il étayait de l'opinion de Bartole et de Jean Fabre et qu'il fondait presque exclusivement sur l'idée d'universalité juridique. « Toute subrogation, dit-il, est une fiction qui vient de la loi ou de la convention; or, toute fiction est de droit étroit, elle ne s'étend point hors le cas exprimé par la loi ou la convention; il faut regarder *quid expresse dictum vel conventum*. C'est pourquoi ce qu'on dit vulgairement que

(1) V. Dumoulin sur l'art. 273 de la coutume d'Anjou dans les notes solennelles sur les coutumes, et sur l'art. 179 de la coutume de Paris dans le commentaire de cette coutume. — Brodeau sur Louët, lettre S, sommaire 10, n° 4, et Charondas sur l'art. 53 de la coutume de Paris.

(2) V. Henrys, t. II, liv. IV, chap. VI, quest. 28, n° 9. Il ne propose aucune théorie, et l'incertitude de ses développements montre combien la doctrine était vacillante sur ce point.

(3) V. *Traité des Censives*, liv. II, tit. II, sect. 2.

subrogatum sapit naturam subrogati a seulement son effet *in iis quæ expresse dicta sunt aut conventa.* » Il n'en est autrement que si l'on est en présence d'une universalité. Là il faut admettre la subrogation de plein droit. C'est le célèbre adage : *in judiciis universalibus res succedit in locum pretii, et pretium in locum rei* (1). Le système apparaît logique et simple dans ses applications; pour cela il faut toutefois auparavant fixer un point important : préciser ce que c'est qu'une universalité. Bartole donnait comme universalités les hérédités et les fidéicommis. Je le veux bien. Mais sont-ce là les seules? Sinon, comment les reconnaîtrons-nous? Cela est important, car autrement c'est la clef de voûte du système qui fait défaut, puisque c'est seulement dans les universalités que la subrogation se produit sans convention. C'est pourtant ce que les anciens auteurs n'ont pas indiqué, ce que les auteurs modernes adeptes de cette théorie n'ont pas déterminé non plus (2). Et ce qui fait que chacun à son gré a vu dans telle ou telle hypothèse une universalité suivant l'inspiration du moment. De là depuis des siècles une obscurité que personne n'est parvenu à éclaircir (3).

Quoi qu'il en soit de ce défaut capital, à mon avis, cette théorie a été la plus commune dans notre ancien droit. Dans notre droit actuel, elle jouit encore d'une grande réputation. C'est elle qu'adoptent MM. Aubry et Rau, que développe M. Flach, dans son livre sur la subrogation réelle (4). Plus récemment, M. Saleilles lui rend encore hommage en distinguant le cas où on est en présence d'une universalité et celui où il n'y a pas d'universalité. Il est vrai que cet hommage est tout platonique, car il

(1) V. Renusson, *Des propres*, chap. Ier, sect. X, et *Traité de la subrogation*, chap. Ier, nos 3 et suiv.

(2) Il n'y a pas à ma connaissance de définition donnée de l'universalité juridique. On parle bien d'un lien juridique qui existe entre les objets qui la composent, mais on n'a jamais précisé davantage. On exige cette condition, c'est très admissible, mais est-ce la seule, on ne parle d'aucune autre, et pourtant on refuse ordinairement à certains biens ayant cependant entre eux un lien juridique le nom d'universalité.

(3) V. Henrys, *loc. cit.*, et avec quelle facilité il admet qu'il y a une universalité.

(4) V. de même Paulmier, *De la subrogation réelle* (thèse), Paris, 1882.

admet dans les deux cas que la subrogation se produit aux mêmes conditions.

Mais même dans l'ancien droit, cette théorie rencontrait des adversaires. Un des auteurs les plus remarquables du dix-septième siècle, et qui a apporté dans les sujets traités par lui le goût des raisonnements solides, Lebrun, laissait de côté cette distinction fameuse et vaine. Il admettait que la subrogation pouvait se produire dès que les trois conditions suivantes se trouvaient réunies : lorsqu'on était en présence d'un contrat capable de produire la subrogation, d'une chose susceptible de la qualité qu'on voulait lui donner, enfin, quand il y avait quelque justice à admettre la subrogation (1).

Pour compléter le tableau de ces doctrines si disparates, il faut encore signaler l'opinion présentée à la fin de notre ancien droit, dans le répertoire de Guyot (2), opinion très simple, d'après laquelle, en principe, il n'y a pas de subrogation, et cela même dans les universalités. La subrogation n'a même pas lieu de plein droit dans les actions universelles telles que la pétition d'hérédité ou les fideicommis. Les textes romains, dont on a voulu tirer ce principe, ne l'imposent nullement. Sans doute, il y a bien, en matière de fideicommis, la célèbre loi 70 *de furtis* au Digeste, qui déclare que, au cas de fideicommis *de eo quod supererit*, le grevé est tenu de rendre les héritages achetés en emploi du prix des biens grevés, lorsqu'il a aliéné quelques-uns de ceux-ci. Mais cela prouve simplement que l'héritier institué est considéré comme aussi riche que s'il n'avait pas aliéné, et qu'en conséquence, il est tenu de faire raison au fidéicommissaire de la valeur des choses qu'il a vendues.

D'ailleurs, la subrogation en matière de pétition d'hérédité est formellement condamnée par la loi 25 § 1er *de petitione hereditatis* au Digeste, d'après laquelle l'héritier apparent restitue le

(1) Lebrun, *Des Successions*, liv. II, chap. I, sect. I, nos 64 et 65. C'est ce qu'il exprime sous une forme un peu différente au *Traité de la Communauté*, iv. I, chap. V, distinction III, no 9.

(2) Elle se trouve déjà, mais plus résumée, dans les *Décisions nouvelles* de Denisart, vo *Subrogation*, t. IV, p. 472. Elle est reproduite dans Rolland de Villargues, *Répertoire du Notariat*, *eod. verbo*.

prix des biens aliénés et non les objets qu'il a acquis avec lui. Cette théorie, qui nous montre sur quel terrain on plaçait ordinairement la question, aboutit donc à poser sans aucune restriction ce principe que la subrogation est une fiction et, comme telle, de droit étroit. Elle n'existe, par conséquent, que dans les cas où la loi l'a déclaré.

Tels sont, sommairement indiqués, les différents points de vue que l'on trouve souvent esquissés plutôt que développés dans les travaux des anciens auteurs. Il est bien téméraire de prétendre qu'en cette matière, réputée très obscure dans notre ancien droit, en tous cas insuffisamment étudiée, comme le constatent et Lebrun et le répertoire de Guyot, telle ou telle théorie ait été implicitement consacrée par le Code civil.

Nous nous trouvons donc en présence, ainsi que je l'ai dit précédemment, et comme j'ai tenté de le prouver, d'un certain nombre de dispositions du Code civil ayant trait à notre question, et rien de plus. Si l'histoire nous refuse une méthode pour résoudre les difficultés qui se présentent, il faut que nous forgions nous-même l'instrument qui nous fait défaut.

Nous devons donc ici faire appel au raisonnement, essayer de construire une théorie générale. Nous allons exposer celle qui nous paraît la plus satisfaisante pour l'esprit et en même temps la mieux adaptée aux besoins de la pratique. Et nous verrons ensuite, d'une part, qu'elle est en pleine harmonie avec le Code civil et que c'est vers elle que s'aiguillaient inconsciemment les rédacteurs du Code, en écrivant les articles sur la subrogation réelle. Nous verrons ensuite qu'elle n'est pas absolument hostile à des tendances que l'on peut découvrir dans l'ancien droit, au milieu de l'anarchie doctrinale que je viens d'exposer. En tous cas, elle explique comment des controverses se sont élevées sur les points les plus importants.

II.

Prenons d'abord, comme nous l'avons annoncé, notre question à un point de vue purement rationnel, pour rapprocher ensuite notre solution des données du droit positif et de l'histoire.

Nous examinerons successivement deux cas : 1° Une acquisition a été faite par l'ex-propriétaire du bien affecté de telle ou telle qualité, et pour cette acquisition se pose la question de subrogation. C'est, si on le veut, une femme mariée qui a aliéné un de ses biens propres. 2° Une acquisition a été faite par un autre que l'ex-propriétaire du bien : un héritier apparent a vendu un bien héréditaire, dont il a employé le prix en achat d'immeubles. Nous allons voir, d'ailleurs, que ces deux cas très distincts doivent être traités un peu différemment.

§ Ier.

Prenons quelques hypothèses pratiques dans lesquelles se pose fréquemment la question de subrogation.

Des valeurs mobilières ou une propriété ont été, dans un contrat de mariage, déclarées propres à la femme, ou bien frappées de dotalité. Ou bien encore ces mêmes valeurs ont été l'objet d'une donation, mais faite à la charge pour le donataire de les conserver et de les rendre à ses descendants, conformément aux dispositions des art. 1048 et suiv. C. civ. Pour différente que paraisse la situation faite à ces biens dans ces divers cas, une même intention a présidé aux actes qui l'ont créée. En déclarant ces biens propres, en les frappant de dotalité, en les grevant de substitution, on a voulu, à des degrés divers, assurer leur *valeur* à certaines personnes en dépit d'obligations imprudemment contractées par le mari, les deux époux, ou le grevé. On a voulu que cette valeur, représentée par des immeubles ou des titres, pût, avec des facilités plus ou moins grandes, se retrouver intacte à un moment donné. Mais cette sorte de fonds de réserve constitué en vue d'un but déterminé, il ne suffit pas de le déclarer tel. Sa conservation va parfois exiger des mesures très importantes et une série de métamorphoses successives.

Pour empêcher la valeur ainsi affectée de péricliter, il faudra peut-être aliéner le bien qui la représente. Les biens propres consistaient en valeurs industrielles, mais l'avenir de la société débitrice est menacé, ou le domaine grevé de substitution ne trouve plus de fermier pour l'exploiter. La vente de ces titres ou

de ces immeubles est conseillée par une gestion intelligente (1). Peut-être même se produit-elle obligatoirement : les valeurs de bourse étant devenues remboursables à la suite d'un tirage au sort, des terrains ayant été expropriés pour cause d'utilité publique. Les exemples de ce genre sont de tous les jours, il est inutile de les multiplier. Dans tous ces cas, la recherche de nouveaux placements va s'imposer. Et la question de la subrogation réelle va être soulevée. Les nouvelles acquisitions formeront-elles des propres ou des acquêts? Seront-elles grevées de substitution? Seront-elles dotales?

Précisons l'intérêt de la solution à donner. Il s'agit de transporter certaines qualités d'un bien à un autre. Supposons que ce transfert de qualités, autrement dit cette subrogation, ne se réalise pas. Que va-t-il se passer? Le bien nouveau ne peut recevoir la qualité, qui avait été donnée au bien ancien, dans les mêmes conditions que lui : on ne peut songer à la faire naître sur lui comme sur l'immeuble précédent aujourd'hui aliéné. Nous nous plaçons en effet à une époque postérieure au mariage; il n'est plus temps alors de faire de contrat de mariage, les époux ne peuvent librement convenir que tel bien sera propre ou dotal. Cela est manifestement contraire à l'immutabilité des conventions matrimoniales. Nous sommes également à un moment postérieur à la donation contenant une substitution permise. Le donataire se mettrait-il volontairement à la disposition du donateur pour passer un nouveau contrat, ils ne pourraient grever de substitution les biens nouveaux, puisque ce ne sont pas des biens donnés. Et quand bien même des conventions de ce genre seraient possibles, cela serait-il suffisant? Faut-il admettre cet équivalent grossier de la subrogation qui mettrait tout à la discrétion des intéressés? N'est-il pas utile que la subrogation se produise de plein droit?

En tous cas, si on se refuse ici à l'admettre, voyons où nous sommes logiquement conduits. Les intéressés vont se trouver dans l'alternative suivante : ou bien aliéner à temps les biens

(1) Je n'examine pas dans quels cas et comment cette aliénation sera possible sous le régime dotal, ou même en cas de substitution.

dont la valeur périclite et par cela même faire disparaître comme tel ce fonds de réserve créé pour sauvegarder l'avenir, renoncer complètement à leurs visées d'intérêt familial, ou bien s'exposer à voir disparaître ce fonds de réserve dans une crise commerciale, par suite de pertes que l'on a prévues et qu'il était facile d'éviter.

La loi en repoussant la subrogation aboutirait donc à dire : « Je vous laisse libre de chercher à atteindre le but que vous vous proposez. Vous avez voulu vous assurer pour l'avenir une somme de 100,000 francs, ou l'assurer à votre famille en déclarant propres ou en grevant de fidéicommis des biens estimés pareille somme. Vous le pouvez, mais en gardant indéfiniment les biens que vous destinez à telle ou telle fin ». Par ce système, que je traiterais volontiers de puéril, la loi, sans s'en douter, irait certainement à l'encontre de ce principe si cher aux économistes modernes de la libre circulation des biens. « Mieux vaut, se dira-t-on, garder des biens qui vont perdre moitié de leur valeur, plutôt que de voir tout le prix passer à des créanciers. » Et ainsi on empêchera souvent des immeubles d'aller dans les mains de ceux qui auraient pu le mieux en tirer parti dans leur intérêt et dans celui de la richesse publique.

En tous cas, et sans même s'élever à ces considérations économiques, il faut constater qu'une loi faite dans ces conditions ne consacre pas la volonté vraie des intéressés. Elle ne recherche pas la commune intention des parties, mais s'attache au sens littéral des termes. Dans l'exemple que nous avons choisi, les intéressés ont implicitement voulu que les 100,000 francs, aujourd'hui représentés par des immeubles, fussent propres ou dotaux, et cela sous quelque forme qu'on pût les retrouver à un moment quelconque : c'est une somme d'argent qu'à travers le bien lui-même ils ont voulu grever de telle qualité. Si la loi résiste à leur volonté, elle n'a créé qu'un trompe-l'œil, elle n'a admis qu'un fantôme d'institution, et cela est vrai surtout à l'heure actuelle, où la vie plus fiévreuse des sociétés amène de continuels changements économiques et où une fortune ne peut se maintenir que par de fréquentes métamorphoses.

L'intérêt du crédit public, la volonté implicite des contractants nous dictent notre solution.

Dans les conditions où nous sommes placés, la subrogation s'impose comme une nécessité. Il faut la considérer comme voulue d'avance par les parties, si cela dépendait de leur volonté, au cas de bien propre ou de bien dotal par exemple (1). Il faut admettre qu'il y a eu implicitement dotalisation des biens à venir qui seraient acquis au moyen des biens dotaux. Et dans les cas où la volonté serait impuissante à affecter un bien futur d'une qualité ou à le grever d'une charge, il faut supposer que la loi a voulu cette affectation. On doit admettre que le législateur ou que les particuliers ont eu les volontés sous-jacentes qui leur permettent le mieux d'atteindre les buts qu'ils se sont proposés, et que la loi considère comme licites.

La subrogation réelle étant, d'après ce qui précède, la réalisation de la volonté implicite du législateur et des particuliers, nous avons par cela même fait justice de cette affirmation si souvent répétée par les auteurs de l'ancien Droit et du droit nouveau : la subrogation est une fiction, et comme telle elle est de droit étroit : il faut un texte ou une convention expresse pour l'admettre. C'est une fiction, dit-on en général, car en parler c'est dire qu'un bien est censé avoir reçu la qualité qui a été attribuée à un autre. « On peut bien feindre qu'une chose est la même qu'une autre, mais on peut jamais réaliser cette identité », disait Guyot.

Cette argumentation ne peut nous convaincre. Ce qui constitue une fiction, c'est le désaccord entre une décision de la loi et la nature des choses (2). Or ici on ne fait qu'exprimer la volonté implicite du législateur ou des particuliers. Nous nous contentons de donner une interprétation raisonnable et même nécessaire de leurs intentions. Rien qui ressemble moins à une fiction que d'éclairer ainsi les volontés obscures des contractants.

Au reste, nous ajouterions volontiers, et si l'on adopte ici notre théorie c'en sera une nouvelle preuve, qu'il n'y a peut-être pas véritablement de fictions qui soient telles par leur nature. La

(1) Cet article était écrit depuis plusieurs mois, lorsque nous avons eu le plaisir de retrouver la même idée chez M. Stora (*De la subrogation réelle*, thèse. Paris, 1901, p. 217).

(2) C'est ainsi que sur l'art. 883, C. civ., on discute pour savoir s'il y a fiction en se demandant si par sa nature le partage est un échange ou non.

fiction n'est peut-être qu'un moyen de progrès du droit, qui permet de consacrer un résultat équitable en soi, de l'étayer provisoirement avant que la science n'en ait établi le fondement naturel et scientifique. La fiction n'est que le premier mode d'apparition d'une vérité. On voit dans la suite que le résultat admis par fiction est imposé par la nature même des choses que l'on n'avait pas vue jusque-là (1).

Dans notre hypothèse, si d'après la nature des choses la subrogation doit se produire, rationnellement une limitation vient néanmoins s'imposer dans l'intérêt des tiers. Il ne faut pas que clandestinement un bien se trouve placé dans une situation juridique de nature à leur préjudicier. L'intérêt des tiers doit être en notre matière pris en grande considération. Nous aborderons un peu plus loin cet aspect du sujet. Voyons auparavant dans quelle mesure on peut généraliser la solution un peu spéciale proposée par nous.

Nous avons déclaré qu'il devait y avoir subrogation réelle dans les cas que nous avons pris pour exemples, et qui sont assurément les plus pratiques. C'est qu'en effet la qualité qui avait été imposée aux biens en question visait moins ce bien en lui-même et pour lui-même que sa valeur pécuniaire, et la conservation de cette valeur pécuniaire dans un but déterminé. Toutes les fois que nous sommes en présence d'une qualité de ce genre, et de l'affectation d'une valeur à une destination spéciale, nous avons les mêmes raisons de le faire, d'autant plus qu'ordinairement cette qualité ne peut pas être créée sur le bien nouveau pour la première fois.

En un mot, la subrogation se produit toutes les fois que l'on est en présence de *valeurs d'affectation*. Nous modifions ici et à dessein l'expression créée par les Allemands : patrimoine d'affectation, *Zweckwermögen*. Sans doute, par certains côtés, les biens affectés à un but spécial ressemblent à un patrimoine. Ce n'est pas une somme fixe, absolument immuable qui doit pouvoir échapper aux droits des créanciers du mari, par exemple s'il

(1) V. Ihering, *Esprit du droit romain*, IV, p. 297 (trad. Meulenaere). Cf. Mestre, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 14.

s'agit de propres. C'est un ensemble de biens qui peuvent varier de valeur : représenter une somme plus considérable demain qu'aujourd'hui ou inversement. Et il doit en être ainsi. Cette façon de concevoir les valeurs d'affectation est préférable à l'admission d'un prélèvement parce qu'elle répond mieux à la nature des choses, à la mobilité inévitable de l'état économique, parce que autrement on ne laisse à la femme dans notre espèce que les mauvaises chances et aucune bonne; elle peut retirer tout au plus l'argent qu'elle a apporté, mais elle peut avoir moins (1). Cela étant, on est amené forcément à rapprocher cet ensemble de biens affectés d'une qualité spéciale, d'un patrimoine qui lui aussi peut s'accroître ou diminuer. (Nous verrons plus loin qu'il ne faut pas pour cela les confondre. C'est qu'en effet dans le patrimoine, nous croyons, contrairement à l'opinion générale, que la qualité de bien de tel patrimoine ne se produit pas à proprement parler.)

Du principe qu'il y a subrogation toutes les fois qu'on est en présence d'une valeur d'affectation, nous pouvons tirer quelques conséquences.

Un testateur ou un donateur a déclaré que les biens par lui donnés ne pourraient être aliénés sans le consentement de telles personnes tant que le bénéficiaire n'aurait pas quarante ans; d'une façon plus générale, une disposition à titre gratuit est accompagnée d'une clause d'aliénabilité ou d'insaisissabilité jugée valable. Supposons que des nécessités économiques, ou même juridiques, un remboursement de créance arrivée à terme, une expropriation pour utilité publique, obligent à aliéner les immeubles donnés. Les conditions pour rendre cette vente pleinement régulière ont été remplies, d'autres immeubles ont été acquis en remploi. Quelle sera la situation de ces biens nouveaux? Le donataire dont on avait redouté le gaspillage, le peu de maturité d'esprit, va-t-il pouvoir les vendre à sa guise? Évidemment non. Il ne peut y avoir aucun doute si on admet les raisons que nous avons développées plus haut.

(1) C'est ce qui se produit en pratique à l'heure actuelle lorsque des valeurs dotales sont renfermées dans des paraphernaux.

De même si les biens faisant partie d'un majorat ont été aliénés et le prix remployé, les valeurs nouvelles feront parties du majorat de la même façon que les premières et serviront de dotation au titre pour lequel le majorat a été créé (1).

Mais ce que nous avons dit des qualités créées pour sauvegarder une certaine valeur dans un intérêt familial ou individuel, nous ne pouvons plus le dire des autres. Une qualité a été attribuée à un bien pour lui-même, étant donné ses qualités physiques, le rôle économique qu'elles lui permettent de jouer, la façon dont ses propriétaires successifs peuvent en tirer profit : ces qualités alors sont attachées au bien, elles le suivent en quelques mains qu'ils passent, parce qu'elles répondent à un besoin permanent de traiter l'immeuble de cette façon; mais inversement elles ne peuvent être transférées sur le bien nouveau qui les remplace dans le patrimoine où il se trouvait. Car la mise en valeur de ce bien, son utilisation comme moyen de crédit peuvent, si sa nature physique est autre, être aussi toutes différentes.

Ce que nous disons ici s'appliquera évidemment pour les qualités de meubles ou d'immeubles, de meubles meublants ou de meubles incorporels. C'est ce qui se produira également pour l'application aux différents biens des règles juridiques diverses qui les régissent suivant qu'ils sont meubles ou non, biens corporels ou incorporels. Un meuble ne sera pas susceptible d'hypothèque parce qu'il a été obtenu en échange d'un immeuble, car ce privilège d'être hypothécable n'a été donné aux immeubles qu'à raison de leur manière d'être physique, de la facilité de les retrouver, d'établir pour eux un système de publicité, de la façon lente dont se fait leur transmission et de l'usage de s'informer pour eux des droits qui peuvent les grever, toutes raisons qui n'existent plus pour les meubles, qu'ils aient été obtenus en échange d'un autre meuble ou non. De même la capacité pour aliéner un bien ne dépendra que de la nature propre de ce bien. Peu importera la nature des valeurs qui ont servi à l'acquérir. Car rationnellement les différences de formalités ne peuvent s'expliquer que par la rapidité plus ou moins grande de fluctua-

(1) V. en ce sens, Cass. Req. 3 février 1841, Sir. 41. 1. 209.

tion des cours, par les chances de dépérissement rapide. Et cela se réfère seulement à la manière d'être économique du bien, à la façon dont il se comporte étant donné le genre de transactions dont il est l'objet. Cela n'a aucun rapport avec quelque affectation spéciale de la valeur que peut représenter cet immeuble ou ce meuble. En effet, comment expliquer autrement ce fait assurément bizarre en apparence qu'un mineur émancipé puisse aliéner, sans autorisation du tribunal, avec le seul assentiment du conseil de famille, un titre de rente valant 1500 francs, et qu'il ne puisse plus aliéner l'immeuble acquis en emploi de ces 1500 francs sans une décision favorable du conseil de famille homologuée par justice? Cela n'est justifiable que parce que les titres de bourse étant soumis à des fluctuations plus rapides, ayant une manière d'être économique autre, leur aliénation doit s'opérer plus rapidement. La loi de 1880 est édictée en vue de ces titres seuls, elle ne doit s'appliquer qu'à eux seuls.

Ajoutons encore un exemple qui fait particulièrement ressortir notre théorie. Si les rentes sur l'État sont insaisissables entre les mains de leurs différents titulaires, les biens que les anciens titulaires d'un titre de rente aujourd'hui aliéné ont acheté pour le remplacer, peuvent être saisis par leurs créanciers.

Tout à l'heure nous avons vu la qualité de bien insaisissable passer d'un immeuble sur un autre lorsqu'il s'agissait d'une clause d'insaisissabilité portée dans une donation ou un testament. Ici cette même qualité reste attachée à un bien pour le suivre dans des patrimoines divers. C'est qu'en effet cette qualité n'est plus, comme dans le cas précédent, établie pour former dans l'intérêt du propriétaire une sorte de homestead d'un genre spécial, mais pour maintenir le cours de la rente. La qualité est la même, la raison d'être est différente.

Ainsi, il y a donc deux grandes catégories à faire entre les qualités qui affectent les biens. Les unes sont établies par la loi, par la volonté des contractants ou par celle d'un seul, mais toujours en vue de la valeur du bien, plus précisément de l'affectation de cette valeur à un but déterminé : pour elles, la subrogation réelle s'applique. Les autres au contraire visent le bien en lui-même, elles en facilitent la bonne administration, elles ont en

vue sa valeur pour elle-même, sa parfaite adaptation au milieu. Celles-là sont inhérentes au bien, elles le suivent en quelques mains qu'il passe; et inversement il ne peut être pour elles question de les étendre d'un bien auquel elles conviennent parfaitement à un autre auquel elles ne s'adapteraient pas du tout, il n'y a pas pour elles de subrogation réelle.

La distinction paraît nette entre ces deux sortes de qualités. Dans un cas tout au moins l'application en est extrêmement délicate, et l'on peut aussi bien dire que la qualité vise le bien en lui-même et un rôle que seul il peut jouer, ou qu'elle donne une certaine destination à la valeur qu'il représente. La question à laquelle je fais allusion est celle qui se pose au sujet du droit de retour de l'ascendant donateur. Elle est importante en pratique.

Un bien a été donné par un ascendant à son descendant, lequel décède ensuite sans postérité. « L'ascendant reprend à l'exclusion de toute autre personne les biens par lui donnés », dit l'art. 747, C. civ. Si les biens se retrouvent en nature, l'exercice de ce droit se fait sans obstacle. Mais que se passera-t-il si les biens donnés ont été aliénés? Les valeurs acquises avec le prix de ces biens sont-elles sujettes au retour? Deux raisonnements absolument contraires peuvent être ici invoqués. On peut dire qu'il serait inexplicable que l'ascendant donateur ne reprît pas seul une valeur dont il n'a entendu se dépouiller qu'au profit de ses descendants. Que cette valeur par suite de la gestion du donataire soit représentée aujourd'hui par des immeubles, des titres de bourse ou des créances, peu importe. Ces biens lui reviennent légitimement : c'est la valeur dont il s'est dépouillé. Il doit y avoir subrogation réelle. Cela est conforme à la volonté implicite des parties au moment de la donation (1).

(1) Dans l'ancien droit, c'était déjà la solution donnée par Renusson, *Traité des propres*, p. 116. « Le droit de retour, dit-il, est fondé sur la volonté du donateur qui est présumé n'avoir donné ses biens qu'à ses enfants et descendants; des étrangers ou des collatéraux n'en doivent pas profiter au préjudice du droit de retour... Le père donateur a droit de demander le prix de la chose donnée s'il se trouve encore dû lors du décès et si on en avait acheté d'autres héritages, il est libre de les prendre comme subrogés, sinon prendre l'estimation de la chose vendue sur les biens libres

Mais, d'un autre côté, ne peut-on pas répondre : ce droit ne s'explique pas par des raisons d'intérêts, mais par des raisons d'affection, raisons toutes spéciales par conséquent au bien donné lui-même. On n'a pas voulu que l'ascendant vît passer les biens qu'il a donnés, auxquels le rattachent mille souvenirs, à d'autres que les « hoirs de son corps ». Si le droit de retour repose uniquement sur ces sentiments, il ne peut logiquement s'appliquer qu'aux biens donnés eux-mêmes et à aucun autre. Car ces raisons toutes sentimentales ne se retrouvent plus dès qu'il y a aliénation.

Rationnellement, il est assez difficile de se décider entre ces deux conceptions du droit de retour, et la controverse pourrait s'éterniser si elle ne semblait tranchée par la loi positive. L'art. 747, en effet, incline bien vers le second parti, en ne parlant du droit de retour que pour « les biens qui se retrouvent en nature ». Le second paragraphe de l'article apporte, il est vrai, une exception qui semble détruire notre argumentation : l'ascendant reprend aussi la créance du bien vendu. Faut-il admettre qu'il a voulu détruire ici ce qu'il venait d'établir dans la phrase précédente? Non. Cette exception étant limitée aux termes de l'article s'explique parfaitement; elle fortifie même l'explication donnée par nous. Car tant que le prix n'est pas payé, il peut y avoir action résolutoire (art. 1184); partant il est juste que, dans ce cas spécial, la créance suive le sort qu'aurait suivi le bien lui-même, puisque l'existence de cette créance permet éventuellement à l'ascendant de recouvrer la propriété qu'il a donnée (1).

que le fils aurait laissés. » Mais cette opinion était très discutée. Le plus grand nombre des anciens auteurs : Lebrun, Pothier, Brodeau, la jurisprudence admettaient la subrogation seulement dans la même mesure que pour les autres biens propres, mesure qui d'ailleurs était, elle aussi, assez incertaine. De là dans notre ancien droit une source de discussion que l'on comprend que le Code civil ait voulu tarir en adoptant le système que nous exposons plus loin.

(1) De la raison d'être que nous donnons à l'art. 747, nous conclurons logiquement qu'il s'applique à tous les biens qui se retrouvent en nature au décès du donataire, alors même que, entre temps, ils en seraient sortis. Il suffira pour que l'article s'applique que l'ascendant puisse voir passer à

La question de subrogation réelle, qui se pose fréquemment pour le retour successoral au profit de l'ascendant donateur, se présente dans les mêmes termes pour les autres droits de retour prévus par notre droit. Elle existe pour le droit de retour de l'adoptant lorsque l'adopté décède sans postérité. En ce cas, l'adoptant ou ses descendants légitimes reprennent « les choses par lui données ou recueillies dans sa succession, et qui existeront en nature lors du décès de l'adopté » (art. 351). Un avantage identique est reconnu par la loi en faveur de l'adoptant lorsque les descendants de l'adopté, après avoir recueilli la succession de celui-ci, décèdent sans postérité (art. 352). Un autre droit de retour existe lorsqu'un enfant naturel meurt sans héritier en ligne directe. Les frères et sœurs légitimes de cet enfant naturel reprennent alors dans sa succession les biens qui lui viennent de leur auteur commun, « lorsqu'ils se retrouvent en nature dans la succession ». Les actions en reprise, s'il en existe, ou le prix de ces biens aliénés, s'il est encore dû, retournent également aux frères et sœurs légitimes (art. 766).

Dans ces divers cas, la raison théorique de douter de l'existence de la subrogation réelle subsiste toujours. Faut-il considérer l'intérêt pécuniaire des héritiers ou, au contraire, l'intérêt d'affection? La question, heureusement, paraît tranchée nettement par les textes que nous venons de citer. L'art. 352 ne parle que de biens se retrouvant en nature, ce qui exclut tous les autres. L'art. 766, de son côté, s'il étend un peu plus le droit de l'héritier anormal, lui refuse nettement la possibilité de reprendre le prix une fois payé, ou les biens qu'il a servi à acquérir (1).

Dans le doute, admettant qu'il y a pour le législateur français l'intention de régler partout de même façon le droit de retour, nous devons adopter la même solution pour deux droits de

d'autres héritiers les biens par lui donnés. C'est violer l'esprit de la loi d'exiger plus comme le font certains auteurs. — V. en ce sens, Flach, *De la subrogation réelle*, nouv. Revue historique, 1869, p. 525; Demolombe, XIII, p. 539 et suiv.; Baudry-Lacantinerie, *Successions*, I, p. 505; *Contrà*, Aubry et Rau, V, § 608, note 35, p. 353.

(1) V. en ce sens Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions*, I, p. 390; *Contrà*, Aubry et Rau, VI, § 608.

retour consacrés dans deux lois postérieures au Code civil : celle du 24 mai 1825 sur les congrégations religieuses de femmes, et celle du 27 juillet 1875 sur la liberté de l'enseignement supérieur. Ces deux lois, la première à l'art. 7, la seconde à l'art. 12, décident que, ces établissements venant à disparaître, les biens à eux donnés seront repris par leurs bienfaiteurs ou, à défaut, par les héritiers de ceux-ci. Elles ne précisent pas les conditions de ces reprises, assurément très rares, mais n'est-il pas probable qu'on s'en est référé sur ce point au Code civil? Cela paraît d'autant plus plausible, que ces deux lois parlent ensuite du sort « des biens acquis à titre onéreux », ce qui comprend normalement ceux acquis en échange ou avec le prix des biens donnés ou légués. Toutefois, la question n'étant pas directement tranchée, l'hésitation reste ici permise (1).

Si nous négligeons ce cas spécial des droits de retour successoraux, où nos deux principes de solution se trouvent en conflit et où la loi positive nous semble mettre fin au débat, nous arrivons à cette formule générale : *il y a subrogation pour les qualités qui ont été attribuées en vue de donner à la valeur que représente le bien aujourd'hui aliéné telle ou telle affectation.*

Ce principe comporterait toutefois une exception si notre droit refusait à certains biens la possibilité d'être affectés de qualités déterminées : si les meubles, par exemple, ne pouvaient être dotaux, un meuble ne pourrait devenir dotal par suite d'une subrogation à un immeuble. Cela est évident. D'ailleurs, je n'insiste pas. Il est certain que, dans notre droit actuel, cette exception est sans application. Notre loi ne refuse à aucun bien, à raison de sa nature physique ou de sa manière d'être économique, de pouvoir servir de valeur d'affectation.

(*A suivre*). DEMOGUE.

(1) V. en notre sens, Sauzet, *Capacité d'acquérir à titre gratuit des personnes civiles*, p. 292.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Imp. F. PICHON, 24, rue Soufflot.

Ex. T. P.

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE EN MATIÈRE D'ENREGISTREMENT

Par M. E. Binet, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Nancy.

I. — Legs particulier fait avec stipulation de retour des biens légués aux héritiers du testateur en cas de décès du légataire sans postérité. — Droits exigibles des représentants des héritiers du testateur auxquels les biens légués font retour, lors de l'événement de la condition résolutoire, s'il s'est opéré plusieurs dévolutions héréditaires de l'ensemble du patrimoine de l'auteur du legs dans l'intervalle de sa mort au décès du légataire.

II. — Examen de quelques difficultés soulevées par la théorie admise en pratique sur les perceptions auxquelles donnent lieu les partages entre associés après dissolution de la société.

III. — Licitation d'immeubles faisant partie d'une masse indivise. — Adjudication prononcée au profit de plusieurs co-licitants conjointement. — Partage consécutif de l'universalité indivise, y compris le prix d'adjudication, entre les ayants-droit. — Présentation simultanée des deux actes à la formalité de l'enregistrement. — Y a-t-il lieu de percevoir le droit proportionnel de transcription sur le prix d'adjudication ?

IV. — Appréciation critique de la jurisprudence récente sur les caractères distinctifs des « associations religieuses » pour l'application de l'art. 9 de la loi du 29 décembre 1884 et des art. 3 et suivants de la loi du 16 avril 1895.

I.

Legs particulier fait avec stipulation de retour des biens légués aux héritiers du testateur au cas de décès du légataire sans postérité. — Droits exigibles des représentants des héritiers du testateur auxquels les biens légués font retour lors de l'événement de la condition résolutoire, s'il s'est opéré plusieurs dévolutions héréditaires de l'ensemble du patrimoine de l'auteur du legs dans l'intervalle de sa mort au décès du légataire. (Req. 23 oct. 1900.)

C'est un principe indiscutable que les héritiers sont obligés d'acquitter les droits de mutation par décès sur les biens qui, postérieurement à la déclaration de succession, rentrent dans l'hérédité, lorsque, par la fiction de la loi, ces biens sont considérés comme ayant fait partie du patrimoine laissé par le défunt

à sa mort; le délai imparti pour faire la déclaration court de l'événement quelconque qui a opéré la réintégration dans l'hérédité de biens qui ne s'y trouvaient pas en fait au décès du *de cujus*, car c'est seulement à partir de ce moment que s'est réalisée d'une façon définitive et certaine la mutation au profit des héritiers.

La jurisprudence a fait des applications multiples de ce principe, par exemple dans l'hypothèse où des biens font retour à la succession par suite de l'annulation judiciaire d'un acte à titre gratuit ou onéreux passé par le défunt, l'annulation faisant considérer cet acte comme non avenu, ou encore par suite de la réalisation, postérieurement au décès, d'une condition résolutoire qui affectait une aliénation entre vifs faite par le défunt, la condition résolutoire opérant avec effet rétroactif; dans ce dernier cas, d'ailleurs, le *de cujus* était resté propriétaire sous condition suspensive du bien par lui aliéné et avait transmis le droit par lui retenu à ses héritiers; si la modalité qui affectait le droit transmis avait été, au moment du décès, un obstacle à l'exigibilité de l'impôt de mutation, cet obstacle se trouve levé par suite de l'événement de la condition, laquelle avait consolidé définitivement les droits des successibles sur le bien aliéné.

Il est inutile d'insister davantage sur les applications d'un principe hors de conteste, et ce que nous en avons dit avait uniquement pour but d'en venir à l'examen d'une question intéressante qu'ont eu à résoudre, sur les conclusions de la Régie, d'abord le tribunal de Mâcon (jugement du 18 janvier 1898) et ensuite la Chambre des requêtes de la Cour de cassation (arrêt du 23 octobre 1900) (1).

Voici, résumés sommairement, les faits qui ont soulevé la difficulté : un testateur, dont les héritiers *ab intestat* les plus proches étaient deux neveux, avait institué légataire universel l'un de ces derniers, et avait, en outre, fait un legs particulier au profit d'une personne non-parente, stipulant qu'en cas de décès sans postérité de cette dernière, la chose léguée ferait retour « à ses héritiers naturels ». Le testateur était venu à mourir en

(1) *Rev. Enreg.*, 2571 et la note de M. Naquet; *Journ. Enreg.*, 26019; *Gaz. Pal.*, 1900. 2. 673.

1832, et, en 1890, se réalisait la condition résolutoire affectant le legs particulier par suite du décès sans postérité du légataire; or, à cette dernière époque, ceux qui avaient été les héritiers naturels du testateur au jour de son décès avaient cessé d'exister; ils avaient eu eux-mêmes des héritiers, lesquels étaient décédés à leur tour : bref, on ne comptait pas moins de cinq dévolutions héréditaires successives du patrimoine du testateur depuis le décès de celui-ci jusqu'au moment de la résolution du legs particulier. Les biens légués ayant fait retour aux représentants alors vivants des héritiers immédiats du testateur, la Régie soutint que ceux-ci étaient débiteurs, au sujet de ces biens, envers le Trésor d'autant de droits de mutation par décès qu'il s'était produit de dévolutions héréditaires du patrimoine du testateur depuis la mort de ce dernier jusqu'à l'événement de la condition résolutoire. L'accomplissement de cette condition remettant, suivant elle, les choses au même état que si le legs particulier n'avait jamais existé, elle en concluait que les biens légués devaient être considérés comme ayant fait partie de la succession du testateur, comme ayant été transmis à sa mort à ses héritiers naturels, puis au décès de ceux-ci à leurs propres héritiers, et ainsi de suite, de telle sorte que les biens légués avaient été l'objet d'autant de transmissions héréditaires qu'il s'était opéré de mutations *mortis causa* de l'ensemble du patrimoine du testateur d'une tête sur une autre. D'où la prétention de l'Administration d'imposer à ceux qui bénéficiaient du retour des biens légués l'obligation de payer un impôt distinct pour chacune des transmissions qui s'étaient fictivement produites depuis le décès du testateur jusqu'à la mort du légataire particulier.

Nous ne nous arrêterons pas à mettre en lumière la fiscalité outrée de ces conclusions, ni les conséquences manifestement iniques auxquelles un pareil système peut conduire; on peut imaginer, en effet, qu'il s'est produit dans cet intervalle de temps un nombre de dévolutions héréditaires tel que les droits dus au Trésor par ceux qui sont appelés à profiter de la résolution du legs absorbent complètement la valeur des biens légués. Notre intention est surtout d'examiner la thèse au point de vue juridique.

Le tribunal de Mâcon, saisi des conclusions de l'Administration, ne les reconnut pas fondées, et c'est à bon droit, suivant nous, que la Chambre des requêtes rejeta le pourvoi formé pour une prétendue violation des art. 1179, 1183 C. civ. et de l'art. 4 de la loi du 22 frim. an VII par la Direction générale contre le jugement.

Ce n'est pas qu'on puisse contester que l'accomplissement de la condition résolutoire ait pour effet d'anéantir rétroactivement les droits de celui qui a acquis sous pareille modalité. Mais c'est là une fiction légale dont il faut se garder d'exagérer la portée. Sans doute, il résulte de l'art. 1183 que la réalisation de la condition résolutoire remet les choses au même état que si l'acte juridique n'avait pas existé, mais ce principe ainsi formulé est trop absolu. Il est impossible d'effacer par une fiction le fait de la possession du propriétaire sous condition résolutoire : pendant plus ou moins longtemps, c'est lui qui a joui du bien possédé ; aussi est-il admis en pratique, comme par la majorité des auteurs, que les actes d'administration faits, *pendente conditione*, par le propriétaire sous condition résolutoire conservent leur entière efficacité malgré la résolution, et l'art. 1673 fournit un argument puissant en faveur de cette opinion. Beaucoup déclarent également que l'acquéreur sous condition résolutoire n'a pas à restituer, à l'événement de la condition, les fruits par lui perçus, et il est, en effet, des textes qui font l'application de ce principe à des cas particuliers (art. 856, 928, 958, 962 C. civ.); cette manière de voir semble d'ailleurs conforme à l'intention vraisemblable des parties, car la condition résolutoire renferme implicitement un terme qui affecte l'obligation de restituer incombant éventuellement à l'acquéreur, or les fruits ne sont dus par le débiteur à terme qu'à l'arrivée du terme. Remarquons enfin que, d'après la loi (art. 1182), si l'objet acquis sous condition résolutoire vient à périr par cas fortuit *pendente conditione*, les risques sont pour l'acquéreur qui, ne pouvant restituer l'objet acquis, ne peut réclamer le prix par lui payé : or, cela est contraire à la fiction de rétroactivité de la condition, car si l'acquéreur est censé n'avoir jamais été propriétaire, il ne devrait pas subir les risques qui pèsent normalement sur le propriétaire ; *res perit domino*.

La solution du code à ce sujet s'explique par des raisons d'équité, par une saine interprétation de la volonté des parties; elle est conforme à la tradition historique.

Ainsi est-il certain qu'en droit civil, l'effet rétroactif de la condition n'a rien d'absolu; si cette fiction a été établie par le législateur, c'est afin que les actes d'aliénation, les constitutions de droits réels consentis par l'acquéreur sous condition résolutoire ne puissent être opposés à l'aliénateur ou à ses ayants-droit après l'arrivée de la condition. Mais c'est une fiction, et malgré la rétroactivité, il est évident que celui qui a aliéné sous une pareille modalité n'a pas eu, *pendente conditione*, les avantages principaux de la propriété : il n'a eu ni le *jus utendi* ni le *jus fruendi*; sans doute, resté propriétaire sous condition suspensive, il avait conservé en théorie le droit de disposer du bien sous la même condition, mais cette modalité même était un obstacle en fait à ce qu'il pût l'aliéner à des conditions avantageuses.

L'observation que nous venons de faire a son intérêt au point de vue fiscal. Comme le remarque justement M. Naquet, les droits de succession ne sont dus que par ceux qui peuvent retirer un avantage matériel de la dévolution héréditaire. Dans le droit féodal, on disait que les droits de relief et de rachat devaient être l'équivalent des revenus des biens héréditaires pendant un an, et les rédacteurs de la loi de frimaire, en établissant les droits de mutation par décès en remplacement de ces anciens droits féodaux, ont déclaré formellement s'être inspirés de la même pensée; il est vrai que, depuis lors, le taux des droits a été singulièrement augmenté, mais il n'en reste pas moins exact que cet impôt, dans l'esprit de la loi, est un prélèvement sur les revenus des biens héréditaires. Or, dans notre espèce, malgré la rétroactivité de la condition, la propriété utile du bien légué n'est pas rentrée dans le patrimoine des successeurs universels du testateur décédés avant la résolution du legs; jamais ils n'ont eu la jouissance de ce bien. A leur mort, ils n'ont transmis à leurs propres héritiers qu'un droit suspendu par une condition, et l'on sait qu'une pareille mutation, vu l'incertitude du droit transmis, échappe à l'impôt; c'est seulement au jour où s'est produite la résolution du legs particulier que les biens légués ont

fait retour aux représentants alors vivants des héritiers du testateur et qu'une mutation réelle, utile, s'est opérée au profit de ceux-ci. Obliger ces derniers à payer l'impôt pour les mutations antérieures, purement fictives, résultant de l'effet rétroactif de la condition, aboutirait à grever de cette charge des transmissions qui n'avaient pour objet qu'une simple espérance, une propriété sous condition suspensive, ce qui est contraire au principe admis universellement en droit fiscal, d'après lequel les droits de mutation par décès ne frappent que les transmissions *mortis causa* de droits certains et actuels. La résolution des droits du légataire particulier impose aux héritiers qui en bénéficient l'obligation de faire, dans les six mois de l'événement de la condition, au bureau de l'Enregistrement, une déclaration des biens qui rentrent dans l'hérédité du testateur et dont ils se trouvent être investis, mais ils n'ont pas à acquitter l'impôt pour le temps antérieur, parce qu'aucune mutation réelle ne s'est opérée au profit de leurs auteurs, médiats et immédiats, qui n'ont jamais eu qu'un droit subordonné à un événement futur et incertain.

La thèse que nous venons de développer a été accueillie par le tribunal de Mâcon et par la Chambre des requêtes, sur le rapport conforme de M. le conseiller Voisin, qui n'a même pas hésité à qualifier « d'incroyable » la prétention de la Régie dans l'espèce. « Attendu, dit le jugement, que c'est uniquement au moyen d'une fiction que l'administration de l'Enregistrement replace les biens légués dans le patrimoine de P. (le testateur), par suite de la réalisation de l'événement qu'il avait prévu; attendu que les prétendues mutations successives alléguées par la Régie n'ont pas eu lieu réellement et que les auteurs des opposants n'ont jamais recueilli un droit certain d'une nature imposable ou appréciable en argent;... attendu que, si les prétentions de la Régie étaient admises, il pourrait arriver, en supposant des décès intermédiaires plus nombreux, que la valeur d'un legs tout entière soit absorbée par le fisc, bien qu'une seule personne ait eu le domaine utile de la chose léguée, ce qui serait contraire à toute justice... » La Chambre des requêtes, pour écarter le pourvoi, invoque les mêmes principes : « Attendu qu'en droit,

les actes qui opèrent une mutation de propriété sont seuls, aux termes de la loi, passibles du droit proportionnel, et que ce droit ne peut, dès lors, être perçu toutes les fois qu'il n'y a pas translation effective d'une personne à une autre », et la Cour constate que la prétention de l'Administration serait, dans l'espèce, de percevoir un droit de mutation là où il n'y aurait eu, en fait, aucune translation effective de propriété.

Nous croyons devoir faire cependant quelques réserves sur certains des considérants du jugement, notamment sur cette idée que le legs particulier étant affecté d'une condition résolutoire dans l'intérêt des héritiers naturels du testateur, ceux-ci étaient implicitement institués légataires des mêmes biens sous condition suspensive. Cette manière de voir semble peu conforme aux termes du testament, d'après lequel les biens légués devaient faire retour aux héritiers naturels du testateur, ce qui veut dire aux héritiers appelés *par la loi* ou, en cas de décès, à leurs successeurs. L'interprétation du testament, telle que le tribunal la conçoit, a un inconvénient : quand un légataire sous condition suspensive meurt avant l'arrivée de la condition, il ne transmet pas ses droits à ses héritiers, le legs est caduc (art. 1040); on devrait donc, dans l'espèce, décider que les successeurs des héritiers naturels du testateur, si ces derniers sont des légataires sous condition suspensive, ne peuvent réclamer, *eveniente conditione*, les biens légués. Cette objection ne peut être soulevée, si l'on décide, comme nous l'avons fait, que les biens légués devaient, dans l'espèce, faire retour à l'arrivée de la condition résolutoire, à la succession *ab intestat* de l'auteur du legs, et il n'y a aucun obstacle juridique à cette interprétation de la volonté du testateur, car on peut léguer un bien sous condition résolutoire sans disposer du même bien sous condition suspensive au profit d'un autre légataire; le seul effet de la réalisation de la condition devant être de faire rentrer le bien légué dans la succession *ab intestat*.

Une dernière question aurait pu être soulevée dans l'espèce qui fait l'objet de cette étude : si les représentants des héritiers du testateur au profit desquels s'opère le retour des biens légués, lors de la mort du légataire, doivent dans les six mois faire la décla-

ration de ces biens à la Régie et acquitter l'impôt sur la mutation s'opérant à leur profit, n'y a-t-il pas lieu d'imputer sur les droits dont ils sont débiteurs de ce chef ceux qui ont été payés par le légataire particulier à raison des biens légués? Il semble qu'il doive en être ainsi et cette solution aurait eu pour conséquence dans le cas particulier d'exonérer les déclarants de l'obligation de payer aucun droit, puisque le légataire particulier, non parent du défunt, avait dû acquitter l'impôt sur les bases d'un tarif plus élevé que les héritiers. Il est, en effet, hors de doute qu'il ne peut être perçu qu'un seul droit proportionnel de mutation, quand il ne s'opère qu'une mutation unique. C'est ainsi qu'en cas de legs d'un même bien à deux individus, à l'un sous condition résolutoire, à l'autre sous condition suspensive, si le premier a acquitté les droits de mutation par décès à la mort du testateur, la condition se réalisant et investissant le second de la propriété de la chose léguée, on reconnaît qu'il y a lieu d'imputer sur les droits dus par le légataire sous condition suspensive ceux qui ont été payés par le légataire sous condition résolutoire, de telle sorte que le légataire qui recueille alors le bien légué n'est tenu de verser que l'excédent des droits dont il peut se trouver débiteur sur ceux que l'autre légataire a acquittés, si d'après son degré de parenté avec le défunt il subit un tarif plus élevé (1). La raison en est qu'il ne s'est opéré qu'une seule mutation : par suite de l'effet rétroactif de la condition, les droits du légataire sous condition résolutoire sont anéantis, et le légataire sous condition suspensive est censé avoir succédé directement et immédiatement au *de cujus*. Percevoir deux droits de mutation, ce serait violer le principe : *non bis in idem*. La situation nous semble identique dans l'espèce, car le legs particulier étant résolu, et le bien légué faisant retour à la succession *ab intestat* du testateur, la fiction de rétroactivité fait qu'une seule mutation s'est opérée au profit des héritiers naturels du défunt.

Il est vrai que, d'après une théorie développée avec beaucoup

(1) *Sic* : *Dict. des dr. d'enreg.*, v° *Success.*, n° 2077; *Rép. génér. de Garnier, eod. v°*, n° 992, 5, et décisions administratives ou judiciaires citées dans ces ouvrages.

de talent par M. Naquet (1), le droit fiscal aurait dérogé aux principes du droit civil quant à l'effet de la condition résolutoire, en ce sens que l'événement de cette condition entraînerait vis-à-vis du Trésor une mutation nouvelle. Cette thèse a été réfutée victorieusement, à notre sens, par M. Demante (2). Tout en reconnaissant que la législation fiscale n'est pas en harmonie avec la loi civile pour le cas spécial de résolution d'une vente pour défaut de paiement du prix (art. 12, loi 27 ventôse, an IX), nous croyons avec ce dernier auteur qu'il n'est pas conforme aux règles d'une saine interprétation d'étendre par analogie une disposition dérogatoire aux principes, d'autant plus que la loi de frimaire en revient au droit commun à propos de l'exercice du pacte, en écartant la perception de tout droit proportionnel de mutation, quand le réméré est exercé dans le délai imparti par le contrat (art. 69, § 2, n° 11). Nous ne voulons pas insister sur la difficulté qui a été magistralement étudiée par M. Demante, dont nous ne pourrions que rééditer les arguments.

Si l'on se reporte au remarquable rapport de M. le conseiller Voisin cité *supra*, on y trouve un passage d'où il résulte, pensons-nous, que le savant magistrat admettait aussi l'imputation des droits payés par le légataire particulier sur ceux qui sont dus par les héritiers auxquels le bien légué fait retour : « Ce sont les héritiers mêmes, dit-il, qui reprennent possession en fait, qui sont passibles des droits de mutation par décès à payer, *s'il y a lieu*, mais non les héritiers antérieurs qui sont décédés depuis de longues années. » Ces mots « s'il y a lieu » trouvent leur explication dans ce fait que le Trésor peut se trouver complètement désintéressé par le paiement de l'impôt effectué par le légataire dont le droit est résolu.

(1) *Rev. Enreg.*, art. 2571 et *Traité des dr. d'enreg.*, nos 171 et suiv.
(2) *Principes de l'enreg.*, 4e édit., t. I, p. 60, nos 42 et suiv.

II.

Examen de quelques difficultés soulevées par la théorie admise en pratique sur les perceptions auxquelles donnent lieu les partages entre associés après la dissolution de la société. (Req. 28 janv. 1895; Arras, 17 mars 1899; Trévoux, 17 janv. 1899; Lille, 6 mai 1897; Civ. 3 juill. 1899; Cambrai, 22 nov. 1900.)

Bien que la loi fiscale n'assujettisse qu'à un droit jadis fixe, plus tard gradué, aujourd'hui proportionnel, mais très modique (0 fr. 15 0/0), « les partages de biens meubles et immeubles entre co-propriétaires, co-héritiers et co-associés, à quelque titre que ce soit », sur le montant de l'actif net partagé (art. 68, § 3, n° 2, L, 22 frim., an VII; art. 45, n° 3, L. 28 avril 1816; art. 1, n° 5, L. 28 fév. 1872; art. 19, L. du 28 avril 1893) et qu'un droit proportionnel de mutation ne devienne exigible d'après la loi fiscale que sur les soultes ou retours de lots (art. 69, § 5, n° 7 et § 7 n° 5, L. 22 frim. an VII), la jurisprudence a établi des dérogations au droit commun quant aux droits exigibles sur les partages de sociétés, du moins en tant qu'il s'agit des perceptions à opérer sur les biens partagés qui avaient fait l'objet des apports des associés. L'Administration a fait à cet égard une distinction : ou le bien apporté retourne, par l'effet du partage ou acte équipollent, à l'auteur même de l'apport, et le Trésor ne perçoit sur ce bien que le droit ordinaire de partage : ou le bien apporté passe, par l'effet du lotissement, dans les mains d'un associé autre que celui qui en a fait l'apport, et la Régie perçoit sur ce bien, lors de l'enregistrement du partage, le droit proportionnel de mutation à titre onéreux, n'y eût-il ni soulte ni retour. On chercherait en vain dans les textes de la loi fiscale une disposition qui justifie cette dernière perception. Toute cette théorie n'est qu'une construction juridique édifiée par l'Administration de l'Enregistrement, en dehors des textes, par des raisons plus ou moins spécieuses; elle nous semble établie sur une base peu solide. Quoi qu'il en soit, la Régie a réussi à la faire accepter par une jurisprudence constante depuis un arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation du 6 juin 1842. Nous trouvons

reproduits dans un arrêt de la Chambre civile du 3 juillet 1899 (1), les arguments déjà formulés à l'appui de cette théorie par l'arrêt précité des chambres réunies : « Attendu, en droit, que toute mutation de propriété de meubles ou d'immeubles est soumise au droit proportionnel : que c'est par une faveur spéciale que la loi fiscale permet, en cas de formation d'une société, qu'il ne soit perçu qu'un droit fixe pour les apports faits par un ou plusieurs des associés; que, dans ce cas, chacun des associés *est censé retenir conditionnellement la propriété de son apport jusqu'à l'événement du partage;* attendu que si cet événement s'accomplit et que le partage attribue tout ou partie des apports à un associé autre que l'ancien propriétaire, il s'opère, par suite, *une mutation définitive*, à raison de laquelle le droit proportionnel doit être acquitté sur la valeur des biens ainsi transmis. » En résumé, d'après la jurisprudence, si la loi fiscale exempte du droit proportionnel de mutation l'apport en société, bien qu'il s'agisse d'un acte réellement translatif, c'est que la mutation qui s'opère au profit de l'être moral n'est que provisoire; l'auteur de l'apport en reste conditionnellement propriétaire jusqu'à la dissolution de la société; le sort de la translation dépend du résultat du partage : le bien apporté retourne-t-il à celui qui en a fait l'apport, aucune mutation n'est censée s'être produite, quoique le bien apporté ait été pendant plus ou moins longtemps la propriété de la société; on ne tient pas compte de ce fait, et l'ancien propriétaire retrouve sa chose comme si elle n'était jamais sortie de son patrimoine; le bien apporté par un associé est-il, au contraire, attribué à un autre associé, une mutation définitive s'opère, entraînant la perception du droit proportionnel de mutation qui n'a pas été payé lors de l'enregistrement de l'acte de société.

Nous ne reviendrons pas sur les critiques que nous a paru mériter cette théorie (2); mais si elle est exacte, une question subsidiaire peut être soulevée : dans l'hypothèse où le partage est considéré comme translatif, d'après cette jurisprudence, à quel moment précis s'opère la mutation au profit de l'associé

(1) *Rev. Enreg.*, 2122; Dall., 1900. 1. 9.

(2) V. notre examen doctrinal (*Rev. crit.*, 1898, p. 195 et suiv.).

qui reçoit dans son lot les biens apportés par un autre dans la société? Est-ce seulement au jour du partage ou de l'acte équivalent à partage, ou est-ce du jour de l'apport fait à la société?

De la solution de cette question découlent des conséquences fiscales intéressantes, car c'est le tarif en vigueur au jour où la transmission sera censée s'être opérée qu'il faudra appliquer pour déterminer le taux du droit proportionnel de mutation exigible; c'est à la même époque qu'il faudra se placer pour estimer la valeur imposable.

L'Administration et la Cour suprême elle-même ont varié sur la solution à donner à la difficulté, et l'accord est loin de régner entre les tribunaux.

Partant du principe que l'apport en société ne produit qu'une mutation soumise à une condition suspensive, mutation qui ne se réalise pas si le bien apporté est repris à la dissolution par l'auteur de l'apport, l'Administration a voulu, à l'origine, appliquer les règles qui gouvernent les transmissions subordonnées à la réalisation d'un événement futur et incertain, d'où elle déduisait que, le bien allant par l'effet du partage à un autre que celui qui avait fait l'apport, la condition suspensive se réalisait avec effet rétroactif, et la transmission au profit de l'attributaire remontait au jour même de l'apport; aussi décidait-elle qu'il fallait se reporter à cette dernière date pour déterminer le tarif applicable et la valeur imposable; à ses yeux, c'est dans l'acte de société relatant les apports que se trouve le titre de la mutation; les actes postérieurs à la dissolution, qui opèrent l'attribution des biens, ne constituent que la réalisation de la condition à laquelle la mutation est subordonnée.

Ce système était favorable aux contribuables quand le bien apporté avait acquis une plus-value au cours de la société; il ne leur nuisait pas, quand sa valeur était au moment du partage la même qu'au jour de la constitution de la société. Mais vint un jour où l'Administration voulut appliquer sa théorie, alors que l'apport attribué à un autre que l'apporteur avait au cours de la société subi une diminution notable de valeur, de sorte que le copartageant loti se voyait obligé de payer un droit proportionnel de mutation sur une valeur bien supérieure à

celle qu'il recueillait effectivement. La Régie n'en avait pas moins réussi à faire triompher ses prétentions devant le tribunal d'Arras (3 février 1892), mais le pourvoi des redevables contre ce jugement ayant été accueilli par la Chambre des Requêtes (20 décembre 1893), la Direction générale ne crut pas opportun de laisser porter le débat devant la Chambre civile; elle accepta de ne liquider le droit proportionnel que sur la valeur du bien au jour du partage (Solut. 29 juin 1894. *Traité alph. des dr. d'enregistr.* de Maguéro, v° Société, n° 303, II, note 1).

Un revirement semblait donc se dessiner dans la pratique administrative et même une solution du 10 août 1894 avait décidé formellement qu'à l'avenir la liquidation du droit de mutation applicable aux biens apportés en société et attribués, lors de la dissolution, à un associé autre que l'apporteur serait opérée « eu égard à la valeur des objets mobiliers ou immobiliers *au moment de l'attribution* et d'après le tarif en vigueur à la même époque ». On pouvait croire que c'était là le dernier mot de la Régie, mais elle avait obtenu, dès le 25 mai 1892, du tribunal de Valenciennes un jugement favorable à ses prétentions originaires; le pourvoi formé par les redevables contre cette décision ne fut jugé par la Chambre des requêtes que le 28 janvier 1895 (1) et fut rejeté par un arrêt, lequel décidait formellement que le droit proportionnel de mutation devait être acquitté sur la valeur *au jour de l'apport en société* des biens passés lors du partage de la tête d'un associé sur la tête d'un autre. En présence de cet arrêt, la Direction générale revint à sa première théorie et décida qu'il y aurait lieu désormais de prendre pour règle l'arrêt de 1895 (2). Elle l'a maintenue depuis lors avec des chances variables de succès devant les tribunaux (3), de sorte qu'en pratique l'incertitude subsiste.

A notre avis, la mutation au profit de l'associé attributaire ne se réalise que lors du partage ou de l'acte quelconque, postérieur à la dissolution, qui établit l'attribution, c'est à cette date seule-

(1) *Rev. Enreg.*, 874; Dall. 95. 1. 363.

(2) Solut. 15 juin 1875.

(3) V. dans le sens des conclusions de l'Administration : Arras, 17 mars 1897; *Contra :* Trévoux, 17 janv. 1899; *Rev. Enreg.*, 2029.

ment qu'il faut estimer la valeur imposable, et c'est le tarif en vigueur au même moment qu'il faut appliquer.

En vain objecte-t-on que, lors de la formation de la société, l'auteur de l'apport ne s'est dessaisi que conditionnellement, d'où il suit que, la condition se réalisant, la mutation rétroagit au jour de l'apport. C'est une erreur de dire que la mutation résultant de l'apport est conditionnelle, car l'apport a été fait, sans modalité, purement et simplement, et la transmission de propriété s'est opérée immédiatement et sans condition à l'être moral qu'est la société. Cela est tellement vrai que si, par hasard, l'immeuble apporté rentre plus tard, lors du partage, dans les mains de l'ancien propriétaire, celui-ci le reprend grevé des charges réelles et notamment des hypothèques qui ont été consenties par les administrateurs de la société dans les limites de leurs pouvoirs, grevé des hypothèques judiciaires qui sont le résultat des jugements de condamnation prononcés contre la société (1). C'est donc que l'auteur de l'apport ne recouvre pas son bien *ex jure primævo et antiquo*, qu'il l'acquiert *à titre nouveau*; sinon, il n'aurait pas à subir de charges réelles du chef de la société, par application de la règle : *resoluto jure dantis, resolvitur et jus accipientis*. Il n'y a pas eu de sa part, lors de l'apport, transmission conditionnelle, mais transmission pure et simple et le principe de la rétroactivité de la condition ne trouve pas son application ici. On ne peut s'en prévaloir pour faire dès lors remonter à la date des apports la prétendue mutation au profit de l'associé qui se voit attribuer à la dissolution de la société le bien apporté par un autre.

La Régie et la jurisprudence imaginent que l'auteur de l'apport s'est dessaisi conditionnellement au profit de celui de ses coassociés qui déviendra propriétaire de son apport par l'effet du partage, et elles invoquent l'effet rétroactif de ce dernier acte pour faire remonter l'acquisition au jour de la constitution de la société. Tout d'abord, les prémisses de ce raisonnement nous semblent inexactes, car l'apport a été fait à la société, et la transmission

(1) V. jugement du tribunal de Marseille du 2 janv. 1895 cité dans notre examen doctrinal. (*Rev. crit.*, 1898, p. 200 et suiv.)

s'est opérée immédiatement au profit de l'être moral et non des co-associés de l'apporteur. D'autre part, si les co-partageants voient remonter dans le passé leur droit exclusif sur le bien échu à leur lot (art. 883), il est certain que les effets du partage ne rétroagissent pas au-delà du jour où l'indivision a commencé entre les co-partageants; or, l'indivision n'a pris naissance entre les co-associés que quand la personnalité civile de la société civile a disparu, c'est-à-dire au plus tôt lors de sa dissolution. Donc, même si l'on veut invoquer l'effet rétroactif du partage, il est impossible de considérer la mutation comme opérée fictivement dès la formation de la société. L'associé qui reçoit dans son lot l'objet mis en société par son co-associé n'est pas l'ayant-cause direct de celui-ci, car l'être moral a été propriétaire dans l'intervalle, et le droit de celui-ci n'a pas été résolu, puisque l'attributaire subit les charges réelles qui grèvent, du chef de la société, le bien qui lui est dévolu.

Ajoutons une autre considération : pour qu'une mutation conventionnelle de propriété s'opère, il faut naturellement un concours de volontés, le consentement de chacune des parties, soit d'aliéner, soit d'acquérir ; il faut que les contractants soient d'accord sur toutes les conditions de l'aliénation, et notamment sur les conditions de prix. Il en est ainsi même quand la mutation est conditionnelle : cette modalité ne dispense pas de la nécessité de la réunion, lors de la formation du contrat, de tous ces éléments indispensables à son existence. Dans le cas qui nous occupe, c'est seulement au moment du partage que les attributaires des biens apportés sont désignés; jusque-là, aucun d'eux n'a manifesté la volonté d'acquérir tel ou tel des biens sociaux. Comment veut-on faire remonter l'acquisition réalisée pour un associé à une date antérieure à celle où il a voulu acquérir? Il y a plus : l'associé attributaire du bien apporté par un autre pouvait ne pas faire encore partie de la société lors de sa constitution; peut-être même, étant donné la longue durée de certaines sociétés, n'était-il pas né à cette époque; est-il admissible qu'on le considère comme étant devenu propriétaire à un moment où il était étranger à la société, à une date où il n'existait pas encore? Même dans l'hypothèse où il s'agit d'un associé entré dans la

société dès sa formation, on argumenterait en vain de ce qu'en donnant son adhésion au pacte social, il a consenti éventuellement à acquérir les biens apportés par ses co-associés : un élément essentiel à l'existence du contrat translatif ferait toujours défaut, la détermination du prix; si dans l'acte constitutif de société on a fixé la valeur des apports, c'est seulement dans le partage qu'on a déterminé le prix de la transmission réalisée au profit de l'associé attributaire, c'est-à-dire la valeur à cette époque des biens partagés. Donc, pour tous ces motifs, la mutation n'a pu se réaliser antérieurement à l'acte qui a fait l'attribution.

Nous estimons donc que, même en acceptant avec la jurisprudence, le principe de l'exigibilité d'un droit proportionnel de mutation, quand, par l'effet d'un partage de société, un bien passe de la tête d'un associé sur la tête d'un autre, il faut, partant de cette idée que la transmission ne s'opère qu'au moment du partage, prendre pour base de liquidation la valeur du bien à cette dernière époque et appliquer les tarifs alors en vigueur. Nous faisons, d'ailleurs, toutes réserves sur la question de principe, car on ne peut invoquer en faveur de l'exigibilité du droit proportionnel de mutation, aucun argument de droit vraiment solide; les textes sont défavorables au système de la pratique, et le seul motif tant soit peu plausible à faire valoir en sa faveur, c'est la crainte des fraudes, le danger de voir se former des sociétés fictives pour masquer de véritables aliénations et éluder le paiement des droits de mutation.

Mais voici une autre question qui a trait également au partage des sociétés et qui se rattache toujours à la théorie que la Régie a réussi à faire admettre par la jurisprudence. Des associés ont mis en société des biens qui étaient indivis entre eux en vertu d'une cause d'acquisition antérieure, par exemple des biens qui leur étaient advenus par une succession à laquelle ils avaient été concurremment appelés. A la dissolution de la société, la totalité des biens indivis apportés conjointement par les associés est mise par le partage au lot de l'un d'eux, *sans soulte à sa charge*, les autres étant remplis de leurs droits avec les acquêts sociaux; un droit proportionnel de mutation est-il exigible sur les parts indivises acquises par l'attributaire dans les biens apportés?

La difficulté n'existerait pas si l'on s'en tenait aux textes de la loi fiscale, mais nous avons vu que l'Administration n'est pas esclave des textes, quant il s'agit de partages de sociétés. Aussi la question n'est-elle pas nouvelle en pratique, mais elle a donné lieu à des décisions récentes de la jurisprudence, qu'il est intéressant de signaler.

L'Administration s'est prononcée pour la perception du droit proportionnel; ce n'est pas cependant sans quelques tergiversations, car après avoir acquiescé à un jugement du tribunal de la Seine du 18 mars 1836, qui était défavorable à sa thèse, la Direction générale s'est pourvue en cassation contre un autre jugement dans le même sens du tribunal de Marseille du 23 juillet 1844, dont elle obtint l'annulation (arrêt du 14 avril 1847). Depuis lors, la Cour de cassation a persévéré dans cette jurisprudence (1), et pendant longtemps les tribunaux ont suivi sur ce point la Cour régulatrice. Néanmoins, la Régie éprouva des échecs devant le tribunal de la Réole (6 août 1890) (2), et plus tard devant le tribunal de Lille (6 mai 1897) (3), mais sur le pourvoi de la Direction générale, ce dernier jugement a été cassé par la Chambre civile (3 juillet 1899) (4), et le tribunal de renvoi s'est prononcé récemment dans le même sens que le premier tribunal saisi (Cambrai, 22 novembre 1900) (5). Il est à désirer que, pour mettre fin à cette diversité de jurisprudence, l'Administration, par un nouveau pourvoi, porte la question devant les chambres réunies de la Cour de cassation. En attendant, nous croyons utile d'apprécier la valeur de la théorie qui a prévalu jusqu'à ce jour devant la Cour suprême, conformément aux conclusions de la Régie.

Dans son arrêt du 8 mars 1844, la Cour de cassation formulait un principe qu'il est opportun de rappeler : « Aucune loi, disait-elle, ne prouve que, lorsque des co-héritiers ou co-propriétaires

(1) V. arrêts du 21 fév. 1853 (Sir. 53. 1. 206), du 24 déc. 1879 (Sir. 80. 1. 225).

(2) *Journ. Enreg.*, 23638.

(3) *Rev. Enreg.*, 1448.

(4) *Rev. Enreg.*, 2122, Dall. 1899. 1. 9.

(5) *Rev. Enreg.*, 2610.

procèdent ou font procéder au partage des biens de diverses origines, tous indivis entre eux, ils doivent, relativement à l'Administration de l'Enregistrement, être considérés comme ayant fait ou fait faire autant de partages différents qu'il y a d'origines différentes de biens et dès lors payer le droit de soulte sur ce que chacun d'eux a de plus que les autres en biens de telle ou telle origine. » Cette règle n'a pas cessé d'être appliquée depuis lors par la Régie. Aussi est-il certain que dans notre espèce, les associés ayant réuni en une masse unique, en vue du partage, d'une part, les biens qui étaient indivis entre eux avant la constitution de la société et dont ils avaient fait l'apport, et d'autre part les acquêts sociaux, et le partage ayant été fait sans soulte ni retour, l'attribution à l'un des co-propriétaires de la totalité des biens indivis mis en société ne peut donner ouverture au droit de soulte, du moment que les autres associés avaient reçu en acquêts sociaux une part égale à leurs droits. L'Administration n'a pas élevé de contestation sur ce point.

Pour établir qu'il y avait lieu dans l'espèce à la perception d'un droit proportionnel de mutation, elle est partie du prétendu principe que tout apport en société implique mutation conditionnelle, principe dont nous avons déjà contesté l'exactitude; suivant elle, en cas d'apport par les associés de leurs parts indivises dans un même bien, il y a cession conditionnelle par chacun d'eux au profit des autres de sa part indivise; si, par le partage ou acte équipollent, un des co-propriétaires associés devient attributaire de la totalité du bien indivis apporté en commun par tous, il se trouve avoir acquis les parts indivises des autres, et comme cette acquisition, d'après la Régie, doit rétroagir un jour même de la constitution de la société, les choses doivent se passer comme si, à cette époque, il y avait eu cession pure et simple à un des co-propriétaires par les autres de leurs parts indivises.

Ce que nous reprochons à cette argumentation, c'est d'abord d'avoir une base inexacte, si, comme nous avons essayé de l'établir, il n'est pas vrai de dire qu'un apport en société emporte une mutation conditionnelle au profit des autres associés.

Si même l'on accepte les prémisses du raisonnement, la con-

clusion n'est pas en harmonie avec ces prémisses. En pratique, quand, après la dissolution de la société, l'apport de l'un des associés est attribué, par voie de partage ou acte équivalent, à un autre associé, on admet, pour la perception, que la société dissoute *est censée n'avoir jamais existé*, que la propriété de l'apport a passé directement de la tête d'un associé sur la tête d'un autre. Appliquons ces principes au cas particulier : si on fait abstraction de l'état de société qui a existé plus ou moins longtemps entre les co-partageants, qu'en résulte-t-il? C'est qu'au moment du partage, ceux-ci se trouvaient co-propriétaires par indivis des biens sociaux pour des causes diverses; en ce qui concerne les apports, l'état d'indivision avait une cause antérieure à la constitution de la société, tandis que pour les acquêts sociaux la cause de l'indivision était l'acquisition faite par la société, ce qui équivaut à une acquisition faite en commun. On a beau faire rétroagir les effets du partage au jour de la constitution de la société, cela ne justifie pas la perception d'un droit proportionnel de mutation; car si à cette époque les co-propriétaires avaient fait une seule masse de biens indivis d'origines diverses et les avaient partagés sans soulte, l'attribution à l'un de la totalité des biens indivis d'une certaine origine n'aurait pas donné ouverture au droit proportionnel de mutation, si les autres avaient été lotis en biens indivis d'origine différente, du moment que chacun des co-partageants se trouverait avoir reçu dans l'ensemble de la masse partageable une part proportionnelle à ses droits.

On voit, par ce simple aperçu, combien il est dangereux, en matière fiscale surtout, d'édifier des théories qui n'ont aucune base dans les textes. Si l'Administration appliquait aux partages des sociétés les règles posées par la loi, tous les difficultés que nous venons d'examiner n'auraient jamais été soulevées.

III.

Licitation d'immeubles faisant partie d'une masse indivise. — Adjudication prononcée au profit de plusieurs co-licitants conjointement. — Partage consécutif de l'universalité indivise, y compris le prix d'adjudication, entre les ayants-droit. — Présentation simultanée des deux actes à la

formalité de l'enregistrement. — Y a-t-il lieu de percevoir le droit proportionnel de transcription sur le prix d'adjudication? (Civ. 12 mars 1900; Comp. Seine, 15 janv. 1897; Libourne, 25 juill. 1900; Castres, 11 avril 1900; Nancy, trib., 29 oct. 1900.)

Nous signalions naguère (1) un arrêt de la Chambre civile du 21 mai 1895, qui dénotait une orientation nouvelle de la jurisprudence de la Cour de cassation en ce qui concerne les conditions d'application de l'art. 883 aux licitations et autres actes équipollents à partage. Bien que cet arrêt fût rendu en matière civile, nous pensions qu'on serait amené logiquement à en déduire des conséquences fiscales importantes; un arrêt de la même Chambre, du 12 mars 1900 (2), vient de réaliser entièrement nos prévisions.

L'espèce est simple : Une succession étant échue à quatre enfants, un immeuble héréditaire fut adjugé sur licitation conjointement à trois des enfants; quelques jours après, les quatre héritiers procédaient au partage de la succession et comprenaient dans la masse partageable le prix de l'immeuble licité qui était attribué par tiers à chacun des adjudicataires. Les intéressés ayant présenté simultanément à la formalité de l'enregistrement les deux actes de licitation et de partage, le Receveur s'était cru en droit de percevoir, outre les droits d'enregistrement inhérents à ces actes, le droit proportionnel de transcription sur la totalité du prix de licitation. Mais les redevables ayant formé une demande en restitution de ce dernier droit, qu'ils soutenaient avoir été irrégulièrement perçu, un jugement du tribunal de la Seine du 15 janvier 1897 (3) les avait déboutés de leurs prétentions : c'est ce jugement qui vient d'être cassé par l'arrêt précité de la Chambre civile sur les conclusions conformes du Ministère public.

La question à résoudre était, en somme, la suivante : le droit proportionnel de transcription est-il ou non exigible sur le prix d'une adjudication par licitation d'un immeuble faisant partie d'une masse indivise, si cette adjudication, prononcée au profit

(1) V. notre examen doctrinal (*Rev. crit.*, 1896, p. 427 et suiv.)

(2) *Rev. Enreg.*, 2352; *Journ. Enreg.*, 25857; *Rép. pér.*, 9796; Sir. 1900. 1. 369 et la note de M. Wahl.

(3) *Rev. Enreg.*, 1330; *Journ. Enreg.*, 25187; *Rép. pér.*, 8933.

de plusieurs des co-licitants conjointement, laisse subsister l'indivision entre les adjudicataires, étant donné que l'acte d'adjudication était soumis à la formalité de l'enregistrement en même temps qu'un acte de partage consécutif dans lequel les co-intéressés avaient compris le prix de licitation avec les autres biens héréditaires?

En se prononçant pour l'affirmative, le tribunal s'était inspiré de la théorie jadis admise par la Cour de cassation, théorie d'après laquelle l'effet déclaratif de la licitation, même quand l'adjudication est prononcée au profit de co-licitants, est subordonné à la condition qu'elle ait fait cesser l'indivision entre tous les héritiers quant au bien licité (1). Mais l'arrêt de la Chambre civile du 21 mai 1895 s'était inspiré d'idées différentes; sans aller jusqu'à reconnaître en toutes hypothèses l'effet déclaratif de l'adjudication sur licitation au profit de co-licitants, lorsqu'elle ne fait pas cesser l'indivision entre tous les héritiers, cet arrêt l'admettait du moins quand la licitation avait été suivie d'un partage comprenant la créance du prix d'adjudication avec les autres biens indivis, parce qu'il considérait les deux actes consécutifs de licitation et de partage comme les deux branches d'une opération unique, dont l'ensemble avait mis fin complètement à l'indivision entre tous les co-héritiers. De cette nouvelle théorie on devait conclure, en droit fiscal, à la non-exigibilité du droit proportionnel de transcription sur le prix de la licitation, quand les deux actes étaient présentés simultanément à la formalité, la licitation n'étant qu'une des opérations du partage, faisant corps avec le lotissement consécutif, et les partages n'étant pas des actes de nature à être transcrits, au sens de l'art. 54 de la loi du 28 avril 1816.

Nous avons développé ce point de vue à propos de l'arrêt du 21 mai 1895 : or, c'est précisément ce que vient de décider la Chambre civile en 1900 : « Attendu, en droit, que le partage est déclaratif et non attributif de propriété; que la licitation d'un immeuble dépendant d'une succession et adjugé à plusieurs des

(1) V. arrêts cités dans la *Revue critique*, 1896, p. 428, note 2 et p. 429, note 1.

co-héritiers ne constitue qu'une opération du partage lui-même, avec lequel elle se confond, lorsqu'elle est présentée à la formalité de l'enregistrement simultanément avec l'acte de partage, qui comprend dans la masse partageable le prix dudit immeuble et règle d'une manière définitive les droits de tous les héritiers; que ces deux actes forment par leur réunion une convention unique qui, ayant un effet purement déclaratif, n'est pas de nature à être transcrite et ne saurait, par suite, donner ouverture au droit de transcription;... que la circonstance que les héritiers adjudicataires ont conservé la propriété indivise de l'immeuble n'a pas empêché le partage, avec lequel la licitation s'est confondue, de produire ses conséquences légales, puisque l'indivision nouvelle existant entre eux a sa cause, non plus dans la dévolution héréditaire, mais bien dans leurs accords particuliers... »

Cet arrêt n'est qu'une déduction logique de la jurisprudence inaugurée en 1895, que nous avons approuvée, et il confirme ce que nous disions alors (1).

Toutefois, il y a dans les considérants ci-dessus transcrits une idée, qu'on rencontrait déjà, d'ailleurs, dans l'arrêt du 21 mai 1895, et qui est, à notre sens, sujette à critique. La Cour décide que l'indivision qui subsiste entre les co-licitants adjudicataires, quant à l'immeuble licité, postérieurement à l'adjudication, est une indivision *nouvelle* qui a sa cause, non plus dans la dévolution héréditaire, mais dans l'accord de ces héritiers qui ont consenti à se porter conjointement adjudicataires. Si cela est vrai, il faut dire que ces héritiers possèdent l'immeuble à un titre nouveau, or cela se concilie mal avec l'effet déclaratif que la Cour attribue à l'opération : le caractère propre de l'effet déclaratif d'un acte, c'est qu'il a pour but et pour résultat de liquider les droits antérieurs de co-propriétaires par indivis, sans leur conférer de droits nouveaux, or c'est ce qui n'arrive pas, s'il y a novation dans le titre des co-licitants adjudicataires. Aussi pensons-nous plutôt que ceux-ci continuent à posséder l'immeuble qui leur a été adjugé conjointement au même titre qu'avant l'adjudication,

(1) Nous signalons, sans nous y arrêter, un jugement rendu dans le même sens par le tribunal de Marseille du 21 août 1899 (*Journ. Enreg.*, 26037).

c'est-à-dire *pro hærede*. Le but des héritiers, en procédant à la licitation, était de sortir d'indivision ; ceux qui n'ont pas été déclarés adjudicataires sont censés n'avoir jamais eu de droits dans l'immeuble licité, ils n'ont donc pu en transmettre aux héritiers déclarés adjudicataires, qui sont les ayants-cause directs du défunt quant au bien licité, d'où nous concluons que l'indivision qui continue d'exister entre les adjudicataires conjoints, comme l'a dit fort justement un arrêt de la Cour de Besançon du 23 décembre 1891 (1), « découle en réalité de la dévolution successorale (2). »

L'arrêt du 12 mars 1900 provoque une autre observation. C'est du rapprochement de l'acte de licitation et de l'acte de partage, présentés simultanément à la formalité de l'enregistrement que la Chambre civile déduit sa solution : elle considère ces deux actes comme intimement liés, comme formant une opération unique, dont le résultat final est de faire cesser totalement l'indivision ; c'est pour ce motif qu'elle attribue à l'ensemble l'effet déclaratif et décide qu'il n'y a pas lieu de percevoir le droit proportionnel de transcription sur le prix de licitation. Aussi y a-t-il lieu de penser que la Chambre civile ne maintiendrait pas sa conclusion, si l'acte de licitation prononçant l'adjudication au profit de plusieurs co-licitants conjointement, avait été soumis isolément à la formalité de l'enregistrement, soit que cet acte n'eût pas été suivi d'un partage, soit, dans le cas contraire, qu'il ait été présenté au Receveur avant le partage consécutif, et nous estimons que le tribunal de Libourne, statuant précisément sur cette dernière hypothèse, a été un peu téméraire en invoquant la jurisprudence récente pour écarter l'exigibilité du droit proportionnel de transcription (25 juillet 1909) (3).

Au fond, toutefois, nous approuvons le dispositif de ce dernier jugement, et le droit proportionnel de transcription ne nous semble pas exigible sur un acte d'adjudication par licitation pro-

(1) Dall. 92. 2. 289.

(2) Nous constatons avec plaisir que nous nous rencontrons sur ce point avec notre savant collègue, M. Planiol, qui a développé la même idée avec son talent habituel dans une note. (Dall. 1896. 1. 9.)

(3) *Rev. Enreg.*, 26095 ; *Journ. Enreg.*, 26037.

noncée conjointement au profit de plusieurs co-licitants, cet acte fût-il présenté à la formalité isolément de tout partage consécutif. Nous avons déjà eu l'occasion d'exposer notre opinion à ce sujet (1) : nous appliquons l'effet déclaratif, non seulement aux partages, mais aux actes équipollents, ces derniers ne fissent-ils pas cesser l'indivision entre tous les communistes, parce que ces actes n'en sont pas moins des opérations de partage, en ce sens qu'ils constituent un acheminement vers la cessation complète de l'indivision ; ils la préparent en diminuant sur le bien qui en est l'objet le nombre des co-propriétaires. La jurisprudence elle-même admet que pour les partages l'effet déclaratif se produit, sans qu'il soit besoin que l'acte assigne une part exclusive à chacun des ayants-droit, du moment que l'indivision cesse au moins pour l'un d'eux (2). Ainsi que, dans un partage entre trois héritiers, l'un reçoive une fraction divise des biens héréditaires, tandis que le surplus est attribué collectivement aux deux autres, ce lot collectif ne sera pas un obstacle à l'effet déclaratif, quoiqu'un nouveau partage soit nécessaire pour mettre fin à l'indivision entre les titulaires du lot collectif. S'il en est ainsi pour les partages proprement dits, on ne voit pas de raison pour décider autrement en ce qui concerne les licitations et autres actes équipollents à partage. Par quel motif veut-on subordonner le caractère de ces actes à une opération ultérieure de partage, opération qui peut tarder plus ou moins longtemps, qui ne se produira peut-être jamais, car les co-héritiers, acquéreurs ou adjudicataires conjoints d'un objet héréditaire, pourront mettre fin à l'indivision qui subsiste entre eux, autrement que par un partage en nature, par exemple, en revendant à un tiers le bien dont ils se sont rendus conjointement acquéreurs (2).

Suivant nous, ce qui caractérise l'acte équipollent à partage, c'est qu'il est inspiré par la volonté de mettre fin à l'indivision, or, pour atteindre ce but, les moyens sont variés. Aucun texte ne subordonne l'effet déclaratif à la condition que les opérations, souvent multiples, qui tendent à la cessation de l'indivision,

(1) V. notre examen doctrinal (*Rev. crit.*, 1896, p. 432).
(2) V. en ce sens : Req. 9 déc. 1878, Dall., 79. 1. 299.

soient plus ou moins rapprochées dans le temps; tous les actes par lesquels les communistes préparent l'allotissement définitif, doivent être considérés comme des opérations de partage, participant de la nature de celui-ci. Voilà pourquoi nous regardons comme telle l'adjudication sur licitation prononcée conjointement au profit de plusieurs co-licitants, car si le bien licité reste indivis entre les adjudicataires, du moins l'indivision a cessé d'exister dans les rapports de ceux-ci avec les autres communistes; la situation est la même qu'au cas où, dans un partage en nature, un lot collectif a été attribué à plusieurs des co-partageants (1). La thèse que nous soutenons est celle qui avait fini par triompher dans l'ancienne jurisprudence (2); les travaux préparatoires du Code civil ne manifestent de la part de ses auteurs aucune volonté novatrice, et les textes nous sont plutôt favorables. D'une part, l'art. 883 qui assimile la licitation au partage ne fait aucune distinction, du moment que l'adjudication est prononcée au profit de co-licitants. L'art. 888, d'autre part, reconnaît implicitement le caractère de partage à tout acte qui a pour « objet », et non pour « effet » de faire cesser l'indivision, autrement dit à tout acte qui tend à ce résultat. Enfin, dans l'art. 889, il est traité spécialement des ventes de droits successifs entre héritiers, actes dont l'objet est également de faire cesser ou de préparer la cessation de l'indivision et qui pour ce motif sont assimilés à des partages, sauf l'exclusion de l'action en rescision pour lésion, vu leur caractère aléatoire; or ce texte considère comme équipollentes à partage les cessions de droits successifs faites à un héritier non seulement par tous ses consorts, mais par l'un d'eux seulement, bien que l'indivision subsiste dans ce dernier cas entre le cessionnaire et les héritiers autres que le cédant.

Ainsi, nous constatons que, d'après les principes du droit civil, il n'est pas indispensable que les licitations, cessions et autres actes entre héritiers aient fait cesser l'indivision entre tous les communistes pour leur reconnaître l'effet déclaratif; nul texte

(1) *Sic :* Nancy, 7 juill. 1896, Dall. 97. 2. 283.
(2) V. notre examen doctrinal (*Rev. crit.*, 1896, p. 432).

n'exige même qu'un acte postérieur ait amené ce résultat. Comme c'est le droit civil qu'il faut consulter pour déterminer la nature des actes en vue de la perception des droits, il résulte de ce qui précède que le droit de transcription n'est pas exigible en cas d'adjudication sur licitation prononcée au profit de plusieurs des co-licitants, cet acte n'eût-il été suivi d'aucun partage présenté simultanément à la formalité.

On objectera peut-être que la loi fiscale déroge au droit civil en matière de licitation, puisqu'elle frappe du droit proportionnel de mutation les parts acquises par le co-licitant adjudicataire (art. 69, § 5, n° 6 et § 7, n° 4, L. du 22 frim. an VII), ce qui semble prouver qu'au point de vue fiscal cet acte a un caractère translatif. Si l'argument portait, il prouverait trop, car le droit proportionnel de mutation est dû sur les parts acquises, même quand la licitation fait cesser entre tous l'indivision existant sur l'immeuble licité, et cependant la jurisprudence écarte en pareil cas le droit de transcription. Il est certain qu'il y a un défaut d'harmonie entre la loi civile et la loi fiscale au sujet de la licitation ; c'est précisément un motif pour ne pas étendre les dispositions de la loi fiscale dérogatoires aux règles du droit civil ; les textes de la loi de frimaire ne visent que les droits d'enregistrement : quant au droit de transcription que doit percevoir le Receveur, les conditions d'exigibilité en sont déterminées par les art. 52 et 54 de la loi du 28 avril 1816, or, d'une part, l'art. 52 ne parle que des ventes, et la licitation au profit d'un ou de plusieurs co-héritiers n'est pas une vente ; d'autre part, l'art. 54 ne soumet à ce droit que les actes de nature à être transcrits, pour lesquels la transcription offre quelque utilité aux parties, or les héritiers adjudicataires n'ont aucun intérêt à transcrire, n'ayant pas besoin de purger, puisque l'adjudication prononcée à leur profit n'a pas, d'après le droit civil, le caractère translatif, qu'ils n'ont point à subir les hypothèques grevant l'immeuble du chef des autres héritiers et qu'ils sont sans droit pour purger celles qui existent du chef du défunt.

La question que nous venons d'examiner s'est posée dans des circonstances un peu différentes devant le tribunal de Nancy, en ce sens qu'il s'agissait d'une adjudication d'immeubles sociaux,

prononcée au profit de plusieurs des anciens associés, sur la licitation provoquée à la suite de la dissolution d'une société en nom collectif; parmi les immeubles adjugés, les uns étaient des acquêts de la société, d'autres avaient fait l'objet des apports soit des associés adjudicataires, soit de leurs co-associés; le droit proportionnel de mutation (4 0/0) avait été perçu lors de l'enregistrement de l'adjudication sur la totalité des immeubles apportés en société par d'autres que les adjudicataires (conformément à la jurisprudence que nous connaissons) et sur la part des acquêts excédant leurs droits, mais plus tard la Régie ayant réclamé en outre aux adjudicataires le droit proportionnel de transcription (1.50 0/0) sur l'intégralité du prix d'adjudication, le tribunal de Nancy se trouva appelé à statuer sur la question d'exigibilité de ce droit par une opposition à la contrainte décernée contre les redevables. Par un jugement du 29 octobre 1900 (1), le tribunal accueillit les prétentions de l'Administration, décidant que le droit de transcription était dû, et vu l'indivisibilité de ce droit, qu'il devait être perçu sur le prix total de l'acte.

En donnant cette solution, le tribunal de Nancy se défend, d'ailleurs, de se mettre en opposition avec la jurisprudence inaugurée par la Chambre civile en 1895 dont nous avons parlé; il reconnaît qu'en thèse générale « la persistance partielle d'une indivision entre plusieurs communistes adjudicataires sur licitation n'empêche pas les effets légaux du partage de se produire dans les rapports des acquéreurs avec les autres communistes, que les partages, à raison même de leur caractère déclaratif et non translatif de propriété, ne sont pas sujets à transcription; et que l'art. 883 assimile à un partage la licitation prononcée au profit d'un co-héritier. » Ainsi, le tribunal accepte la doctrine de l'arrêt du 21 mai 1895 et implicitement celle de l'arrêt du 12 mars 1900 qui n'est que l'application du premier aux matières fiscales.

Mais, suivant le jugement, la jurisprudence des arrêts précités n'est pas applicable au cas de licitation, entre associés, d'immeu-

(1) *Rev. Enreg.*, 2558.

bles apportés en société par un associé non devenu adjudicataire, et le Tribunal donne deux raisons pour justifier en pareil cas la perception du droit proportionnel de transcription.

D'une part, il fait valoir que la licitation faite dans ces conditions opère, au moins vis-à-vis du fisc, une véritable translation de propriété; en effet, nous savons que, d'après une jurisprudence constante, en cas d'apport en société, il s'opère une transmission conditionnelle du bien apporté au profit des autres associés, condition qui se réalisera, si, par le partage ou autre acte analogue postérieur à la dissolution, ce bien devient la propriété d'un autre associé : à l'événement de la condition, le droit de mutation est exigible et partant le droit de transcription, puisque il y a eu transmission à titre onéreux.

D'autre part, le tribunal fait observer que l'acte d'acquisition des co-associés adjudicataires « est de nature à être transcrit en vue de la purge éventuelle des hypothèques inscrites ou occultes qui peuvent grever les immeubles licités du chef des associés, précédents propriétaires, qui les avaient apportés en société; que sans transcription préalable, la purge de ces immeubles ne pourrait se faire et qu'en l'absence de purge, les biens ne se trouveraient pas affranchis des hypothèques pouvant les grever du chef des associés qui les avaient apportés en société ».

Nous reconnaissons que le tribunal de Nancy a tiré des déductions logiques des règles admises en pratique sur la nature de la convention d'apports en société, au point de vue de la perception des droits. S'il est vrai que l'opération s'analyse en une cession conditionnelle, et que la condition se réalise quand, après la dissolution, les biens apportés passent d'une tête sur une autre, on s'explique l'exigibilité non seulement du droit proportionnel de mutation, mais en outre du droit proportionnel de transcription, car si l'application de l'art. 52 de la loi du 28 avril 1816 peut être contestée, il n'en est pas de même, dans ce système, de l'application de l'art. 54 de la même loi, les acquéreurs ayant le droit de purger. Mais nous avons combattu *supra* le principe qui sert de fondement à la théorie de la jurisprudence, laquelle voit dans le fait des apports une cession conditionnelle entre associés; la transmission, avons-nous dit, est pure et simple et s'opère au profit

de l'être moral. Si cette mutation est dispensée par faveur de la perception du droit proportionnel, il n'y a pas de motif juridique de le percevoir plus tard au cas de partage sans soulte, cet acte étant purement déclaratif : au cas de licitation au profit d'un ou de plusieurs des co-associés, le droit proportionnel n'est dû que sur les parts acquises, et, en aucun cas, le droit de transcription n'est exigible, puisque cet acte n'est pas davantage translatif et que l'adjudicataire n'a pas le droit de purger l'immeuble des hypothèques qui grèvent l'immeuble adjugé du chef de la société ; quant à celles qui le grèvent du chef de ceux qui ont fait l'apport, sans doute il faut admettre pour l'adjudicataire la faculté de purger, mais ce qu'il doit faire transcrire dans ce but, c'est l'acte par lequel l'auteur de l'apport s'est dessaisi de sa propriété, c'est-à-dire l'acte constitutif de la société ; nous croyons, en effet, contrairement à l'opinion qui a prévalu en jurisprudence, malgré les efforts de la Régie, que si la loi fiscale exempte du droit proportionnel de mutation les actes de société, ce n'est pas une raison pour exclure la perception sur ces actes du droit proportionnel de transcription, lorsque le bien apporté à la société est un immeuble, la société, personne morale, ayant, en sa qualité d'acquéreur, la faculté de purger, et l'art. 54 de la loi de 1816 devenant ainsi applicable (1).

Quoi qu'il en soit de la valeur de notre argumentation, nous remarquerons que le tribunal de Nancy, dans l'espèce, ne se mettait pas, pour un autre motif, en contradiction avec la jurisprudence des arrêts du 21 mai 1895 et du 12 mars 1900, car nous avons constaté *supra*, que la Chambre civile n'avait, par le dernier de ces arrêts, écarté la perception du droit proportionnel de transcription qu'à raison de la présentation simultanée au Receveur d'un acte de licitation et d'un acte de partage consécutif, considérés comme formant une opération unique, circonstance qui ne se rencontrait pas dans l'espèce soumise au tribunal de Nancy.

Nous avons signalé précédemment (2) un jugement du tribunal de Marseille du 2 janvier 1895, lequel a décidé que le droit de

(1) En ce sens : Naquet, *Traité des dr. d'enreg.*, n° 458.

(2) V. notre examen doctrinal (*Rev. crit.*, 1898, p. 195 et suiv.).

transcription n'est pas exigible sur un partage de société anonyme qui attribue à un associé des immeubles par lui apportés. Sans revenir sur les raisons de droit qui nous ont fait approuver le dispositif de ce jugement, nous voulons simplement ajouter que le tribunal de Castres vient de rendre un jugement dans le même sens (11 avril 1900) (1); mais cette décision n'est pas motivée comme elle aurait pu l'être, comme l'était celle du tribunal de Marseille; elle est uniquement fondée sur ce que le droit de mutation n'étant pas exigible en pareil cas, le droit de transcription ne l'est pas davantage. L'argument est des plus faibles, car l'indépendance des droits de mutation et de transcription est proclamée avec raison par une jurisprudence constante. La question que le tribunal aurait dû résoudre est celle de savoir si l'ancien membre d'une société anonyme, qui reçoit en partage l'immeuble par lui apporté, jouit de la faculté de purger cet immeuble des hypothèques qui le grèvent du chef de la société. Nous avons dit (*loco sup. cit.*) les motifs qui nous font admettre la négative.

IV.

Appréciation critique de la jurisprudence récente sur les caractères distinctifs des « associations religieuses » pour l'application de l'art. 9 de la loi du 29 décembre 1884 et des art. 3 et suiv. de la loi du 16 avril 1895. (Civ. 9 mai 1900; 30 et 31 juill. 1900; Req. 25 juin 1900, et nombreux jugements récents de tribunaux.).

On n'est point encore parvenu, en pratique, à fixer les caractères des « associations religieuses », au sens où la loi du 27 décembre 1884 (art. 9) et celle du 10 avril 1895 (art. 3 et suiv.) emploient ce mot. Nous avons vu, dans un précédent examen doctrinal (2), en traitant du droit d'accroissement, les variations du tribunal de la Seine à ce sujet; aujourd'hui, nous constatons à regret que la question n'a point fait un pas et que la même incertitude, le même arbitraire subsiste dans la jurisprudence des tribunaux qui ont à décider si la taxe d'accroissement et

(1) *Rép. pér.*, 9950; *Journ. Enreg.*, 26045; *Rev. Enreg.*, 2493.
(2) *Rev. crit.*, 1900, p. 254 et suiv.

l'impôt sur le revenu sont exigibles de telle association, sous prétexte qu'elle est une association religieuse.

Il est cependant fort important de déterminer le sens précis de cette expression, car en assimilant les associations religieuses aux congrégations, communautés religieuses, en leur imposant, comme telles, les taxes édictées par les lois précitées, tandis que les associations qui n'ont pas ce caractère ne sont assujetties, d'une part, à l'impôt de 4 pour 100 que si leur objet n'est pas de distribuer leurs produits entre leurs membres, d'autre part, à la taxe d'accroissement qu'autant que les statuts contiennent la double clause de réversion et d'adjonction, le législateur a mis les associations religieuses hors du droit commun. Il faut donc de toute nécessité un *criterium* qui permette de distinguer ces dernières des autres.

La mission de le faire revient à la Cour de cassation, instituée pour assurer l'unité de jurisprudence en imposant le respect de la loi aux juges chargés de l'appliquer. C'est donc à elle qu'incombe la charge de déterminer les caractères qui, par leur réunion, rendent des associations passibles des taxes édictées spécialement contre elles. Jusqu'à présent, elle ne l'a pas fait : toutes les fois qu'elle a été saisie d'un pourvoi lui soumettant la difficulté, elle s'en est remis complètement à l'appréciation des juges du fond dont les décisions, nous le savons, sont bien variables. Cette attitude de la Cour régulatrice est d'autant plus extraordinaire qu'en matière d'enregistrement, elle s'attribue d'ordinaire un pouvoir de révision très large, décidant que les questions de fait tombent sous son contrôle : « Attendu, porte un arrêt de la Chambre civile du 21 février 1854, que les appréciations de faits et conventions exprimées dans les jugements frappés de pourvoi, sont susceptibles de révision par la Cour de cassation; qu'il lui appartient surtout d'exercer cette attribution dans les questions relatives à l'impôt qui intéressent l'ordre public. » On peut donc s'étonner que la Cour se refuse à exercer dans notre matière son pouvoir régulateur.

La plupart des annotateurs, dans les recueils de jurisprudence, réduisent la question à une simple question de fait et de circonstances et semblent approuver sur ce point le rôle effacé de la Cour

suprême, qu'ils prétendent justifier parce que les lois fiscales n'ont pas défini les associations religieuses; on dit même que le législateur s'est abstenu volontairement de le faire, ayant appris par expérience, à la suite de la loi du 20 décembre 1880, les dangers des définitions trop précises qui permettent de se soustraire à la perception de l'impôt en se mettant en dehors des termes de la définition légale, comme le prouve ce passage du rapport de la commission à la Chambre des députés : « Il faut supprimer les définitions qui ont donné lieu aux abus que vous connaissez. » Nous reconnaissons qu'il n'y a pas de définition dans la loi; cependant le législateur, en frappant les associations « religieuses » des mêmes impôts que les congrégations, a évidemment, dans un but qu'il importe de dégager, visé des agrégations réunissant certains caractères. Suffit-il pour cela que l'association ait une destination pieuse? Faut-il qu'elle soit, comme l'a dit un auteur (1), l'auxiliaire d'une congrégation, d'une communauté religieuse qu'elle fasse vivre, à laquelle elle prête son concours? Certes, voilà une question de droit, et il faut être fixé sur la solution à y donner avant d'examiner en fait si une association réunit dans un cas particulier les caractères qui la font tomber sous le coup de la loi fiscale. Quand un tribunal a jugé, vu les circonstances, qu'une association est religieuse, ce jugement peut encourir la censure de la Cour de cassation, si le juge du fond a attribué aux faits des conséquences juridiques autres que celles qui résultent de la loi, car, en agissant ainsi, il l'a violée directement ou indirectement.

L'attitude de la Cour de cassation dans la matière a produit un résultat fatal, dont les documents récents de jurisprudence vont nous révéler une fois de plus l'existence, c'est que les tribunaux n'obéissent à aucune règle fixe pour la solution de la question de savoir si une association est religieuse on non, et encourt ou non, comme telle, les impôts établis sur cette classe spéciale d'associations.

Le Tribunal de la Seine, persévérant dans sa jurisprudence nouvelle (2), considère que la destination pieuse suffit pour

(1) *Rev. Enreg.*, 1926.

(2) V. notre examen doctrinal (*Rev. crit.*, 1900, p. 264 et suiv.).

donner à une association le caractère d'association religieuse, le personnel des associés fût-il exclusivement laïque, n'y eût-il entre les membres aucun lien spirituel. C'est ce qu'il a décidé encore (24 novembre 1899) (1) pour une société civile formée entre des pasteurs protestants et des laïques en vue d'acquérir, d'administrer et d'entretenir des immeubles affectés à l'usage d'écoles et d'églises du culte réformé. Dans l'espèce, il est vrai, on ne pouvait avoir de doute sur l'exigibilité de l'impôt sur le revenu, car les statuts interdisaient la distribution des bénéfices. Quant à la taxe d'accroissement, comme il ne se rencontrait dans le pacte social ni clause de réversion, ni clause d'adjonction, c'est uniquement en qualité d'association religieuse que la société s'en trouvait frappée. Du reste, c'est sur ce caractère exclusivement que le Tribunal s'est appuyé pour approuver la perception des deux impôts. Il eût pu, pour justifier l'exigibilité de la taxe d'accroissement dans l'espèce, relever une particularité qui apparaissait comme un moyen de dissimuler les clauses d'adjonction et de réversion : les actions nominatives, déposées au siège social, étaient bien cessibles, mais la cession n'en pouvait être opérée qu'après avertissement donné à l'Administrateur délégué, les autres actionnaires ayant la faculté d'acquérir, moyennant leur capital nominal, les titres à vendre. Le jugement ne semble pas avoir été déterminé par cette considération.

C'est ainsi encore que le même tribunal qualifie d'association religieuse une société civile ayant pour objet la construction et l'administration d'un temple israélite (2 décembre 1899) (2). Dans l'espèce, la double taxe était certainement exigible, les statuts prohibant la distribution des bénéfices et renfermant la double clause d'adjonction et de réversion. Mais le Tribunal ne s'est pas contenté de viser ces circonstances décisives : le jugement, conformément aux conclusions de la Régie, relate que le caractère d'association religieuse ressort nettement des circonstances de la cause, de sorte qu'il en résulte implicitement que la solution eût été maintenue, même en l'absence des clauses précitées.

(1) *Rev. Enreg.*, 2258; *Journ. Enreg.*, 25868.
(2) *Rev. Enreg.*, 2259; *Journ. Enreg.*, 25869.

Le Tribunal maintenait encore sa théorie dans un autre jugement du 18 mai 1900 (1), dont nous ne relaterons pas l'espèce, mais où il apparaît que le seul but religieux suffit pour faire encourir les impôts à une association. Toutefois, le Tribunal de la Seine exige que le but religieux soit le but principal de l'association; ainsi a-t-il refusé (17 novembre 1900) (2) de reconnaître l'exigibilité des taxes sur une société civile dont la destination principale était de soigner, abriter, nourrir gratuitement et à bas prix des femmes et des enfants d'une nationalité déterminée, bien que la société se proposât aussi de pourvoir dans un certain rayon aux services divins dans la langue anglaise et conformément au rite évangélique et protestant, et pour cela d'acquérir et de maintenir les églises ou chapelles nécessaires dans lesquelles tous, même les personnes non assistées, auraient accès. La Régie qui, pour justifier ses conclusions dans l'espèce, aurait pu invoquer des clauses de réversion, d'adjonction, de non-distribution de produits se trouvant dans les statuts, s'était abstenue d'employer ce moyen et se bornait à poursuivre la société en tant qu'association religieuse. Aussi le Tribunal n'eut-il qu'à se placer à ce dernier point de vue, et il écarta les conclusions de la Régie, parce que le caractère d'assistance matérielle et charitable était le caractère dominant de la société; il ajoute même que les clauses des statuts prérappelées ne lui apparaissent pas comme étant de nature à imprimer à une société, créée dans un but de bienfaisance, le caractère d'association religieuse, parce que, destinées à assurer la stabilité de l'œuvre entreprise, elles peuvent se rencontrer aussi bien dans les associations de bienfaisance que dans les associations religieuses; il déclare qu'il n'y a pas lieu davantage de s'attacher au caractère désintéressé de l'œuvre pour les sociétaires, une société charitable excluant nécessairement *toute* pensée de lucre personnel. Tout cela est parfaitement exact, mais comment se fait-il que le même Tribunal ait, dans des jugements précédents (3), invoqué, pour justifier le caractère religieux des

(1) *Rev. Enreg.*, 2513; *Journ. Enreg.*, 26008.

(2) *Rev. Enreg.*, 2573.

(3) Jugement du 4 août 1899 cité *Rev. crit.*, 1900, p. 268 et suiv. Jugements des 24 nov. et 2 déc. 1899 cités *supra*.

associations poursuivies par la Régie, l'absence d'esprit de lucre chez les associés, la pérennité assurée à l'entreprise par les clauses du pacte social, le retrait indéfini de la circulation des biens affectés à l'œuvre ? Tous ces caractères n'ont rien de particulier aux associations religieuses.

Dans le même jugement de novembre 1900, il se trouve un considérant qui se rattache à une toute autre conception de l'association religieuse : « Attendu qu'il n'est pas allégué que l'association soit dépourvue d'une existence propre et serve à dissimuler soit une congrégation, soit une communauté. » S'il est vrai que ce qui caractérise l'association religieuse, c'est son lien intime avec une congrégation ou communauté qu'elle couvre ou dont elle est une dépendance (et nous avons dit (1) que tel était, à notre sens, le véritable *criterium*), il y a manque d'harmonie entre ce dernier jugement et les jugements précités de 1899.

Si un même tribunal a pu se laisser inspirer, suivant les cas, par des considérations d'ordre si divers, il n'est pas surprenant de voir des tendances inverses se manifester dans les jugements d'autres tribunaux. Ainsi le Tribunal de Mayenne (28 novembre 1900 (2) s'est refusé à autoriser la perception des taxes sur une société formée entre un prêtre et des laïques en vue de pourvoir à la fondation et à l'entretien d'une école primaire dirigée par des congréganistes, vu l'absence de lien religieux, de règle spirituelle entre les sociétaires, malgré le caractère confessionnel de l'enseignement ; il est vrai qu'aucune clause des statuts n'obligeait explicitement la société à recourir à des maîtres congréganistes.

De cet aperçu de la jurisprudence récente (et nous n'avons pas la prétention d'avoir indiqué toutes les décisions des tribunaux sur la matière), il résulte à l'évidence que la perception des taxes est en réalité abandonnée aux appréciations variables des tribunaux, qui n'ont point de règle précise. Voilà ce qui nous faisait exprimer le désir de voir la Cour de cassation poser des principes directeurs qui missent fin à ces divergences.

La Chambre civile a bien été saisie en 1900 de pourvois fondés

(1) *Rev. crit.*, 1900, p. 273.
(2) *Rev. Enreg.*, 2603.

sur la violation des textes précités des lois de 1884 et 1895; mais dans les espèces à elle soumises, il y avait un lien intime entre l'association en cause et une congrégation religieuse. C'est ainsi qu'un arrêt du 9 mai 1900 (1) statuait sur le cas d'une société civile formée exclusivement de membres d'une congrégation religieuse, astreints à résider dans l'établissement social : il se rencontrait donc le lien religieux, la règle spirituelle commune; il y avait même dans les statuts des clauses de réversion. L'application de l'art. 9 de la loi de 1884 était difficilement contestable. Dans d'autres espèces, des religieuses avaient fait conjointement l'acquisition d'immeubles, les avaient mis à la disposition de leur congrégation pour le logement du personnel et la tenue d'une école; ici encore, le caractère religieux de l'association n'était guère douteux (Civ., 30 et 31 juillet 1900) (2).

La question soumise à la Chambre des Requêtes par un autre pourvoi était peut-être un peu plus délicate, parce qu'il s'agissait d'un pacte tontinier fait entre des religieuses qui avaient acquis en commun les immeubles servant d'habitation à leur communauté : elles soutenaient que les acquisitions faites par plusieurs personnes, avec clause d'accroissement au profit des survivants, ne créent pas entre les acquéreurs un véritable contrat de société. La Cour, persévérant dans la théorie qu'elle avait déjà appliquée dans un arrêt du 25 janvier 1897 (3), décida qu'une tontine, bien que ne présentant pas les caractères juridiques d'une véritable société, constituait néanmoins une association, dont le caractère religieux, dans l'espèce, résultait suffisamment du fait que les associées avaient mis l'immeuble à la disposition de la congrégation dont elles faisaient partie (25 juin 1900 (4).

Cette incertitude sur les caractères précis des associations religieuses a entraîné l'Administration à des exagérations manifestes : il lui est arrivé de réclamer l'impôt d'accroissement et la taxe sur le revenu dans des cas où il n'y avait même pas association, mais simplement indivision entre plusieurs propriétaires, se fondant

(1) *Rev. Enreg.*, 2406: *Journ. Enreg.*, 25905; *Rép. pér.*, 9851.
(2) *Rev. Enreg.*, 2475 et 2476; *Rép. pér.*, 9948 et 9949.
(3) *Rev. Enreg.*, 1320.
(4) *Rev. Enreg.*, 2441; *Journ. Enreg.*, 25952.

sur cette circonstance que les propriétaires étaient des religieux, et qu'ils avaient abandonné, à titre gratuit ou onéreux, la jouissance de leur immeuble à la congrégation dont ils étaient membres; elle soutint qu'en agissant de la sorte, ces congréganistes étaient sortis de leur rôle de simples propriétaires pour devenir des associés travaillant dans un but commun. Cette prétention a échoué devant divers tribunaux (Nice, 27 décembre 1898; Seine, 9 et 15 décembre 1899; 6 janvier 1900) (1). L'indivision, en effet, se distingue absolument par ses causes et ses effets de l'état de société : si des co-propriétaires jugent à propos de céder la jouissance de l'immeuble qui leur appartient par indivis, fût-ce à une congrégation religieuse, ils ne font qu'user d'un droit découlant de leur qualité de propriétaires, et ils n'agissent pas pour cela à titre d'associés; la circonstance qu'ils sont membres d'une congrégation quelconque ne change rien à ces principes. Sans doute, l'Administration peut soutenir, s'il existe des présomptions de fait suffisantes, que les congréganistes propriétaires ne sont que des prête-noms de la congrégation, véritable propriétaire de l'immeuble, et en pareil cas, les impôts ne sont dus d'ailleurs que par celle-ci. Dans les espèces des jugements précités, la Régie ne s'était pas prévalue d'une interposition de personnes.

Nous allons plus loin : le fait par une société constituée par actions, en vue d'exploiter des immeubles, de louer ces immeubles à une congrégation religieuse ne suffit pas, à lui seul, pour imprimer à cette société le caractère d'association religieuse, du moment qu'il est reconnu que la location n'a rien de fictif, que la société encaisse effectivement les loyers, qu'elle les distribue à ses actionnaires sous forme de dividendes. C'est ce qu'a décidé, contrairement aux conclusions de l'Administration, le tribunal de la Seine (30 juin 1900) (2); et la solution nous paraît d'autant mieux fondée que dans l'espèce les actions étaient au porteur et qu'aucune restriction n'était apportée par les statuts à leur cessibilité; il était bien stipulé qu'en cas de mort d'un associé, la société aurait le droit de rembourser à ses héritiers le montant

(1) *Rev. Enreg.*, 2360; *Rép. pér.*, 9607.
(2) *Rev. Enreg.*, 2511; *Journ. Enreg.*, 26096.

des actions du défunt, mais cette faculté n'équivalait pas à une clause de réversion, parce que l'estimation de la valeur remboursable n'était pas arbitrairement et uniformément fixée : elle devait l'être d'après les bases du dernier inventaire social. Dans ces circonstances, le tribunal a pu dire légitimement que la société civile n'était « ni une dépendance ni une annexe » de la congrégation à laquelle les immeubles étaient loués.

Nous trouvons une solution analogue dans un jugement du tribunal de Nancy (25 juin 1900)(1); les droits étaient réclamés à une société par actions constituée entre ecclésiastiques et laïques, qui avait loué des immeubles à des jésuites. Le tribunal écarta les conclusions de la Régie, en relevant les faits suivants : les actions au porteur étaient cessibles sans que les acquéreurs eussent besoin de l'agrément de la société; il n'y avait dans les statuts ni clause de réversion ni clause d'adjonction; les bénéfices devaient, suivant les délibérations de l'assemblée générale des actionnaires, être employés, d'après les circonstances, aux besoins et à l'utilité de la société ou à la distribution de dividendes, et des dividendes avaient été effectivement distribués. On trouve dans ce jugement une définition plus précise des associations religieuses : « Celles qui, sans présenter tous les caractères des communautés et congrégations, sont formées dans un but religieux entre personnes soumises à une règle spirituelle commune et qui n'ont pas pour objet de distribuer leurs produits en tout ou en partie entre leurs membres. » C'est la conception primitive que l'Administration s'était faite des associations religieuses; nous avons vu qu'elle avait singulièrement élargi par la suite le cercle d'action des dispositions fiscales qui les frappent et que ses prétentions nouvelles n'avaient pas toujours rencontré une résistance suffisante de la part des tribunaux.

Voilà pourquoi nous émettions le vœu de voir enfin clore ce débat qui renaît tous les jours. C'est à la Cour suprême qu'il appartient de poser des règles précises d'interprétation qui, malheureusement, ont fait défaut jusqu'alors.

E. BINET.

(1) *Rép. pér.*, 9988.

ESSAI D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE DE LA SUBROGATION RÉELLE (*Suite*) (1).

Par M. Dumoulin, docteur en droit, Chargé de conférences à la Faculté de Droit de Paris.

§ 2.

Nous avons supposé jusqu'ici qu'une aliénation était faite par le propriétaire du bien affecté de telle particularité juridique, ou tout au moins de son consentement (c'est le cas notamment pour le tuteur à la substitution, qui doit consentir à l'aliénation des biens grevés. Il doit être regardé comme le représentant des substitués.) Mais le phénomène de la subrogation peut fort bien se produire dans d'autres conditions. Simple effet, il peut être produit par des causes diverses. On peut supposer qu'en l'absence du propriétaire d'un bien, du titulaire d'un droit quelconque, sans son assentiment, ce droit a été aliéné. Théoriquement cette aliénation n'est pas valable. Il est bien certain qu'une personne sans mandat ne peut pas, en principe, en signant un acte de vente de la chose qui m'appartient, rendre un tiers propriétaire, me dépouiller de mon droit. Mais souvent les nécessités du crédit font que le législateur ou la pratique déclarent valable une pareille aliénation. Fréquemment, on préfère la sécurité des tiers qui ont traité avec le titulaire apparent d'un droit aux prétentions du titulaire véritable qui était dépossédé. Les exemples s'en augmenteront, sans doute, de plus en plus, à mesure que les préoccupations de sécurité des transactions s'affirmeront davantage et orienteront la législation vers la renaissance du formalisme. Dès maintenant, ils sont nombreux : il suffit de citer les principaux. Des parents ont fait prononcer à leur profit l'envoi en possession définitif des biens de leur parent absent. Ils ont ensuite aliéné certains des immeubles à eux remis. D'après la loi, cet acte est valable même si l'absent est de retour. Celui-ci ne peut plus revendiquer sa propriété entre les mains des tiers acquéreurs. Ou bien, hypothèse analogue à la précédente, alors qu'il n'y a encore qu'envoi en possession provisoire, des biens ont été vendus par l'envoyé en possession. Ici encore, quoique les textes

(1) Voir n° 4, avril 1901.

fassent défaut, tout le monde s'accorde à déclarer l'acte pleinement valable, pourvu qu'il ait eu lieu avec autorisation de justice. Autrement on irait, en effet, à l'encontre des intérêts de l'absent, aussi bien que de ses héritiers présomptifs : personne n'oserait se rendre acquéreur de ses immeubles au moment où il est opportun pour les vendeurs de s'en défaire : si c'est, par exemple, une usine qu'ils ne peuvent exploiter, faute de connaissances nécessaires.

Ou bien c'est un héritier apparent qui a vendu certains des biens héréditaires avant le jour où survient le demandeur à la pétition d'hérédité. Dans ce cas, une jurisprudence certaine déclare la vente opposable à l'héritier véritable (1). C'est encore le cas de l'héritier, héritier véritable, cette fois, qui aliène les biens héréditaires et supprime sur eux, si l'on en croit une certaine doctrine (2), le droit spécial des créanciers ayant demandé la séparation des patrimoines. Ce sont les cas innombrables où la propriété d'un meuble ou un droit réel existant sur lui disparaissent parce que celui-ci a été acquis par une personne de bonne foi (art. 2279). C'est le cas où la vente de la chose d'autrui a permis à un acquéreur de devenir propriétaire par dix à vingt ans, parce qu'il était de bonne foi (art. 2265) (3). Citons enfin, pour terminer, l'hypothèse où un titre nominatif est immatriculé au nom d'une personne à la suite d'une cession à elle faite par un autre que le titulaire, et sans mandat pour cela. C'est encore un cas où la jurisprudence admet la validité de l'aliénation (4).

(1) V. Cass. civ. 26 janv. 1897, Sir. 97. 1. 313 et sur renvoi Caen, 23 juin 1897, S. 98. 2. 12.

(2) V. notamm. trib. Seine, 26 janv. 1887, *Gaz. Pal.*, 87. 1. 350.

(3) Certaines personnes pourraient être tentées d'assimiler à ces cas celui où un grevé de substitution aliène les biens substitués : on pourrait dire pour cela que le tuteur à la substitution n'est pas juridiquement le représentant du substitué, puisque la loi ne le dit pas; il n'est qu'un surveillant. Si on soutenait cette théorie, on arriverait au même résultat que celui annoncé par nous qui classons dans la première catégorie d'aliénations celle d'un bien grevé de *fideicommis* faite par le fideicommissaire. La divergence de conception dans le rôle du tuteur est donc sans aucune importance.

(4) V. dans un cas plus douteux, Cass. 10 déc. 1878, Sir. 79. 1. 396; Dall. 79. 1. 288. — Cf. Minard, *Du titre nominatif*, p. 57 et suiv., thèse; Wahl, note dans Sir. 1898. 2. 289.

A la suite de ces aliénations, que nous supposons tout naturellement à titre onéreux, le prix peut être encore dû. Ou s'il a été payé, d'autres biens ont probablement été acquis en remploi. Ces biens, au moment où s'élève la question de subrogation, peuvent représenter une somme à peu près égale au prix qu'ils ont coûté. Cela sera surtout vrai si l'acquisition est encore de date toute récente. Mais à mesure que l'on s'éloigne de cette époque, des inégalités de valeur vont apparaître et s'accentuer. Il se peut que les biens acquis en remploi soient des valeurs industrielles habilement choisies, qui ont doublé de prix, quadruplé peut-être. Ce sont parfois, au contraire, des titres dont les cours ont fléchi.

Ces valeurs, cette créance du prix, se trouveront-elles subrogées à l'immeuble ou au meuble vendu? Oui, ne manquera pas de dire le revendiquant au cas où le remploi est avantageux. Non, dira-t-il, au contraire, si les valeurs acquises sont dépréciées.

Comment trancher cette question, infiniment délicate, il faut le reconnaître? Comment faire profiter ou rendre responsable un tiers de la perspicacité ou de la naïveté de cet aliénateur du bien d'autrui?

Si le possesseur, l'aliénateur, plus exactement, a été de bonne foi, ce que la loi présume, il n'est tenu que de l'*in rem versum*. Son patrimoine doit être remis dans la même situation que s'il n'avait pas eu en sa possession ce bien qu'il a aliéné. Il est débiteur de son enrichissement, mais de cet enrichissement tout entier. Cela est de justice élémentaire, il est inutile d'y insister. Or comment apprécier cet enrichissement plus exactement qu'en l'obligeant à restituer, dans tous les cas, les meubles et les immeubles obtenus en contre-échange, ou, d'une façon plus générale, tous ceux qui ont pour origine le bien primitif, si l'on remonte dans le passé, à travers les remplois successifs? D'un côté déjà, celui de l'aliénateur du bien ancien, aucun obstacle ne nous empêche d'admettre la subrogation réelle. On ne peut se plaindre d'être obligé de restituer tout son enrichissement indu, quelque considérable qu'il soit devenu par suite de circonstances favorables.

L'obligation de *in rem verso* étant ainsi comprise et consti-

tuant, non plus une dette de somme d'argent, mais une dette de corps certain, on aboutira à cette conséquence importante : la propriété se transférant par le seul effet des obligations (art. 1138, Civ.), le demandeur prendra les biens acquis en remploi à titre de propriétaire, il n'aura pas à souffrir de l'insolvabilité du défendeur. Il échappera à la loi du concours.

Voilà les conséquences logiques des principes sur l'enrichissement indû. Sont-elles absolument satisfaisantes de tous points? Une idée apparaît certaine en notre matière : tout l'intérêt d'affection que l'ex-propriétaire pouvait porter au bien vendu, intérêt légitime, est sacrifié puisque l'aliénation étant valable, ce bien est définitivement perdu pour lui. Il faut tout au moins le protéger en ne l'exposant pas à une perte pécuniaire, en lui faisant retrouver l'équivalent au point de vue matériel de ce qu'il perd. Y arrive-t-on toujours par cela seul qu'on admet la subrogation réelle, qu'on donne un droit exclusif sur tel ou tel bien, et qu'on admet sur ce bien un droit absolu? Ne pas donner une simple créance exposant au concours avec tous les créanciers, et en même temps remettre l'ex-propriétaire dans une situation pécuniaire en proportion avec sa fortune antérieure, on y arrive complètement lorsque les valeurs obtenues en contre-échange valent et au delà le bien aliéné. Mais il n'en va plus de même lorsque les titres achetés sont devenus mauvais, lorsqu'on a pris en remploi des actions, des obligations qui aujourd'hui valent le poids du papier. La subrogation va alors se retourner contre celui que nous avons voulu protéger. Et comment admettre que cet absent de retour, que cet héritier, voient se réduire à rien leurs droits lorsqu'ils ont en face d'eux un possesseur parfaitement solvable, mais qui a administré plus mal qu'eux ne l'auraient fait le patrimoine placé entre ses mains? Comment les faire ainsi pâtir des fautes d'autrui?

On peut se demander s'il n'y aurait pas un moyen pour empêcher que la subrogation réelle ne fût ainsi une arme à deux tranchants : la rendre facultative. Le demandeur suivant son intérêt réclamerait les biens acquis en remploi ou le prix du bien vendu (1).

(1) C'est le système soutenu par Demolombe en ce qui concerne l'absent, auquel il permet à son choix de réclamer le prix des biens aliénés ou les objets acquis en remploi, II, p. 220 et suiv.

Mais alors une objection très grave se présente : on violerait le principe que nous avions posé au début : l'aliénateur paierait plus que l'*in rem versum*. Cela n'est pas équitable, s'il est de bonne foi. Peut-être cependant la tendance bien marquée du droit moderne à admettre la responsabilité pour simple fait fera-t-elle un jour aller jusque-là. Mais ce jour est encore éloigné et il ne nous semble pas à désirer. Et nous sommes obligés, faute de mieux, de sacrifier les droits de l'ex-propriétaire du bien aliéné (1).

Nous ne serons plus réduits au même sacrifice si l'auteur de l'aliénation était de mauvaise foi : son adversaire pourrait lui réclamer tout d'abord son enrichissement et invoquer un droit réel sur l'objet acquis en remploi. Mais en outre il se porterait créancier de tout ce qui lui manquerait pour parfaire la valeur actuelle de l'immeuble aliéné (2). Si le bien vendu valait 100 au moment du procès, et que les titres acquis en remploi du prix ne

(1) Nous ne faisons ici qu'appliquer logiquement l'idée que l'action de *in rem verso* n'a pas toujours en vue le paiement d'une somme d'argent, mais qu'elle a pour résultat d'enlever au défendeur la chose même dont il s'est enrichi, le paiement en argent n'ayant lieu que si le dédommagement en nature est impossible. Ce principe s'impose chez nous uniquement par sa force rationnelle. Il n'en est pas moins certain (V. Aubry et Rau, VI, § 579, p. 246 et 247; Cf. Raynaud, *De l'action de in rem verso*, p. 95, thèse, Paris, 1899).

Il est implicitement reconnu par d'autres législations. Le Code civil autrichien (art. 1041) déclare que si une chose vient à l'avantage d'autrui, le propriétaire peut la réclamer en nature, et si cela ne peut se faire, en exiger la valeur. Le Code civil allemand me paraît ici plus net. D'après l'art. 816, « si une personne n'ayant pas qualité fait sur un objet un acte de disposition valable à l'égard de l'intéressé, elle est obligée à la restitution de ce qu'elle a obtenu grâce à l'acte de disposition ». Et d'après l'art. 818, l'obligation à la restitution s'étend aux avantages retirés, aussi bien ceux que l'on a obtenus sur le fondement d'un droit acquis que ceux obtenus en remplacement pour la destruction, la détérioration ou disparition de l'objet obtenu. Si la restitution n'est pas possible..., il a à la remplacer par le paiement de la valeur.

(2) Nous laissons conserver à l'ex-propriétaire deux droits : un droit de propriété et un droit de créance, car il serait inadmissible qu'au cas de mauvaise foi de l'aliénateur l'ancien propriétaire fût seulement créancier et fût moins bien traité que si son adversaire était de bonne foi.

valent plus que 30, il se portera créancier pour 70 : ce sont les dommages-intérêts pour la perte éprouvée par la faute de l'adversaire, faute qui a consisté à aliéner le bien d'autrui. Le demandeur sera donc exposé pour cette somme à la loi du dividende.

Ce que nous avons dit en prenant pour exemple le cas où il s'agit d'un tiers qui était propriétaire de l'objet aliéné, il faut le répéter pour le cas où ce tiers prétendrait sur cet objet à un droit réel autre que la propriété, s'il est créancier séparatiste par exemple. Il suffirait de répéter ici l'argumentation que j'ai donnée plus haut, sauf une réserve que je vais indiquer dans un moment.

Nous en dirons autant pour le cas où un créancier a pour garantie un warrant agricole (loi du 18 juillet 1898). Supposons que le cultivateur qui a warranté sa récolte la vende et la livre à un tiers : certaines personnes lui refusent bien le droit de vendre ainsi à l'amiable (1). Mais cela ne veut pas dire que le fait ne se produise pas ; et l'acheteur de bonne foi invoquera victorieusement l'art. 2279. Le créancier gagiste selon nous pourra alors prendre pour lui seul le prix s'il reste dû par l'acquéreur.

Nous étendrons encore cette solution, sauf intention contraire des parties, au cas du nantissement d'un fonds de commerce, lorsque des marchandises auront été vendues par le commerçant et que le prix en restera dû (2) et nous admettrons ici encore une subrogation du prix à la marchandise grevée de privilège.

Dans toutes ces hypothèses où il s'agit de faire passer d'un bien sur un autre un privilège, et non plus un droit de propriété, on peut se demander s'il peut encore s'agir d'action de *in rem verso*, à l'égard des créanciers privilégiés postérieurs ou des chirographaires. Peut-on parler de l'enrichissement indû, quand ceux-ci, par l'extinction de privilèges antérieurs aux leurs, arrivent simplement à se faire remplir plus complètement de leurs droits? Ils étaient exposés, par suite du privilège de séparation des patrimoines, ou du gage, à perdre 50 0/0 du montant de leurs

(1) V. sur ce point Magnin, *Les warrants agricoles* dans les *Annales de droit commercial*, 1899, p. 172, et Raylet, *Les warrants agricoles*, p. 86 et suiv. (thèse), Paris, 1899.

(2) Nous parlerons un peu plus loin de la situation des marchandises nouvellement acquises, qui rentrent dans le gage comme biens à venir.

créances. Peut-on parler d'enrichissement indû, si par suite des circonstances que nous avons rappelées ils ne perdent plus que 25 0/0?

L'objection n'est que spécieuse, car il reste toujours cette règle d'équité : des tiers ne doivent pas profiter de l'extinction d'un droit admise non pas dans leur intérêt, mais uniquement à raison de certaines nécessités économiques et de la commodité des affaires. La jurisprudence a d'ailleurs consacré l'action pour enrichissement indû dans des cas analogues à celui-là, en matière de subrogation personnelle (1).

Toutefois l'effet de l'action différera légèrement du moins, en théorie, du cas où il s'agissait d'un droit de propriété. Il s'agit d'un privilège : la loi seule peut en faire naître. Les créanciers chirographaires le voudraient-ils, ils ne peuvent en créer un au profit de l'ex-créancier privilégié sur l'objet obtenu en contre-échange. Mais ils sont obligés, sur l'action dirigée contre eux, de lui concéder les mêmes avantages que s'il avait eu un privilège. Le créancier séparatiste n'aura plus son privilège à ce titre, mais sur le prix du bien héréditaire aliéné, sous peine de s'enrichir indument, les créanciers de l'héritier devront lui laisser exercer les mêmes droits, invoquer les mêmes avantages que s'il était privilégié. C'est ainsi que par un détour nous arrivons au résultat que l'équité impose. Nous n'avons pas la subrogation, le privilège ne passe pas sur un autre bien, mais pratiquement nous aboutissons au même résultat que s'il y avait eu abrogation.

Ce système équitable qui rappelle un peu, je l'avoue, les subtilités des juristes romains produit cependant dans un cas un résultat différent de la subrogation?

Supposons que notre créancier auparavant privilégié n'ait en face de lui que des autres créanciers *in bonis :* le résultat que nous avons indiqué se produit comme s'il y avait subrogation. Mais il se peut que, parmi ces autres créanciers de l'héritier, il y ait des personnes en faillite ou en liquidation judiciaire. Par le fait de notre action de *in rem verso*, chaque créancier de l'héritier est obligé d'abandonner en faveur du créancier séparatiste la

(1) Cass. req. 11 juill. 1889, Sir. 90. 1. 97, Dall. 89. 1. 393.

part de ce qui lui revient sur le prix du bien héréditaire aliéné, dans la mesure où cela est nécessaire pour le faire arriver à un paiement intégral. En effet, il doit au créancier séparatiste de ne pas s'enrichir par l'aliénation du bien héréditaire. Si ce bien étant vendu, le créancier de l'héritier peut recevoir sur sa créance une somme de 25 qu'il n'aurait pas eue sans cela, ce créancier doit, sur la réclamation du séparatiste, faire abandon à celui-ci de 25. Mais comme il y a faillite, dans notre hypothèse, le séparatiste ne sera payé de ces 25 qu'en monnaie de faillite. Le syndic lui permettra seulement de produire pour 25, à titre de chirographaire à la faillite. Ainsi, vis-à-vis de ce créancier en faillite, le créancier séparatiste n'aura qu'un dividende sur 25.

En résumé, négligeant ces détails, nous arrivons ici à une formule générale : *Lorsque, dans un intérêt de crédit, la loi admet qu'un droit soit perdu pour son titulaire sans le consentement de ce dernier, celui-ci exerce alors un droit analogue sur les biens que l'aliénateur a acquis en échange ou en remploi du prix* (1).

(1) J'ai supposé au texte, et c'est le cas le plus pratique et le plus simple, que l'aliénation faite par le non-propriétaire était pleinement valable. Mais si pour plus de simplicité je n'ai vu que ce cas, je dois néanmoins m'efforcer d'indiquer les différentes faces de la question. Que se passerait-il à la suite de cette aliénation si le tiers acquéreur n'était pas devenu propriétaire? Peut-il encore être question de subrogation? Evidemment non en principe. Si mon immeuble passe successivement aux mains de quatre acquéreurs, je le revendiquerai aux mains du dernier sans m'occuper des autres, sans me soucier de la subrogation. Mais l'immeuble peut périr. Alors ne pourrai-je pas dire à celui qui le premier s'est mis en possession de mon bien : vous ne pouvez indûment vous enrichir à mes dépens, payez-moi le prix que vous avez reçu de votre acquéreur, ou livrez-moi la chose acquise par vous en remploi. Les valeurs de remploi sont en effet légalement subrogées à l'immeuble qui m'appartenait et dont vous vous êtes mis en possession pour le vendre ensuite, elles constituent en effet pour vous un enrichissement indû au premier chef?

Cette solution nous paraît très séduisante mais nous ne la croyons pas fondée. Si on l'admettait, on pourrait protéger les propriétaires de meubles non régis par l'art. 2279 : navires, meubles perdus ou volés, au cas où le navire viendrait à sombrer, où les meubles seraient détruits par incendie ou autrement. Mais on leur donnerait une situation plus favorable que s'ils

Ce principe est analogue à celui que nous avons vu tout à l'heure. On voit facilement que tous deux reposent sur une idée très simple : maintenir la stabilité relative des droits en les transportant d'un bien sur un autre lorsque ces droits, soit de leur nature (1re règle), soit accidentellement (2e règle), ne suivent pas les biens en quelques mains qu'ils passent.

Ce rapprochement des deux principes établis successivement par nous en matière de subrogation réelle nous permet de faire une remarque de portée générale : c'est que les droits et les qualités qui existent sur une chose subsistent le plus souvent en dépit des aliénations de cette chose. Mais ils subsistent, selon les cas, de façon différente. Ou bien ils sont attachés au bien lui-même et le suivent entre les mains de ses différents propriétaires, parce qu'ils visent le bien lui-même, sa mise en valeur, son utilisation comme moyen de crédit. C'est la qualité d'immeuble, de bien hypothécable, etc. Ou bien, au contraire, ces qualités ne subsistent qu'en passant sur un autre bien. C'est ce qui arrive pour les qualités de bien dotal, de bien grevé de substitution, de propriété de telle personne, de bien affecté à la sûreté de telle créance. C'est alors la subrogation réelle. Mais ici la permanence du droit n'est plus aussi certaine, puisqu'elle suppose qu'un autre bien est entré dans le patrimoine au moment où le premier en est sorti : ce qui exclut le cas d'aliénation gratuite.

Mais, en principe, cette condition, l'entrée d'un autre bien, suffit. L'équité veut, en effet, que la subrogation se produise dès qu'il y a eu acquisition corrélative à la perte ou à l'aliénation de l'objet ancien. C'est là le seul lien de droit qu'il faut exiger entre deux biens dont l'un a précédé l'autre dans un patrimoine donné pour qu'il puisse y avoir subrogation réelle.

C'est ce point que nous allons avoir à développer.

avaient gardé le bien, ce qui excède le but de l'action de *in rem verso* : puisque le demandeur aurait dans son patrimoine une valeur qui aurait fait défaut s'il avait gardé le bien. — Cet argument ne serait plus applicable si le bien existe encore, mais le premier possesseur ne peut-il pas obliger le propriétaire à revendiquer, et lui dire que l'action de *in rem verso* n'est que subsidiaire? Je le pense.

§ 3.

Il suffira, pour qu'il y ait subrogation, que le bien nouveau ne se fût pas trouvé dans les mains de son possesseur si le bien ancien n'y eût pas été. C'est le cas dans l'échange. C'est même l'exemple le plus simple. C'est également le cas dans la vente qui n'est, somme toute, qu'un échange contre de l'argent. De même pour le partage; car, quelle que soit sa véritable nature : translative ou déclarative, il est bien certain qu'il amène dans le patrimoine des biens qui, sans les droits indivis anciens, n'y eussent pas été. C'est encore ce qu'il faut dire toutes les fois qu'une indemnité est due pour perte, destruction ou détérioration d'un bien. Peu importe qu'elle soit due par un tiers à raison d'un délit ou d'un quasi-délit commis : incendie volontaire ou par imprudence, par exemple, ou par une compagnie d'assurance à la suite d'une police passée avec elle (1).

Dans ce second cas, il est vrai, il y a difficulté, et l'on pourrait chercher dans les primes payées l'unique origine de l'indemnité, et dire que l'assurance représente les primes et non l'immeuble assuré. Ce serait négliger ces différences capitales de l'assurance et du pari, à savoir que l'assurance suppose une chose soumise à un risque, qu'il ne peut y avoir plus d'une assurance pour le même risque, et que l'assurance ne produit effet que dans la mesure de la perte éprouvée. De plus, c'est seulement dans la mesure de l'existence de la chose assurée que l'assurance est valable. C'est donc cette existence qui a permis de passer le contrat d'assurance. Elle est la condition essentielle de la validité du contrat. Les primes ont aussi, dit-on, une des conditions essentielles du contrat. Beaucoup moins, outre que l'on conçoit une assurance à titre gratuit, le paiement des primes n'est pas indispensable pour la validité de l'acte, mais seulement pour qu'il continue à produire ses effets. Les paiements des primes ne sont que des paiements

(1) V. sur ces points Darras et Tarbouriech, *De l'attribution en cas de sinistre des indemnités d'assurance et des autres indemnités*, nos 21 et suiv. (Extrait des *Annales de droit commercial*, 1889-90.)

conservatoires, pourrait-on dire, ils permettent seulement l'entretien de l'assurance. Dire que l'indemnité les représente, autant dire si un immeuble subit des réparations indispensables à sa conservation ou à son entretien, que l'immeuble représente le prix de ces impenses nécessaires, qu'il en revêtira les qualités juridiques de propre ou de dotal, et que si un tiers a fait ces dépenses conservatoires, il sera propriétaire de l'immeuble. Or, personne ne l'a jamais soutenu : on s'est toujours accordé pour dire que l'on ferait simplement ressortir de l'immeuble les sommes dépensées, qui pourront alors être propres ou dotales. Ici la même solution s'impose : la plus importante des sources du bien actuel doit lui communiquer sa nature : l'accessoire le cède au principal. Après avoir déduit le montant des primes (1), on reconnaîtra à l'indemnité même nature qu'au bien assuré.

On peut aussi faire valoir un autre argument. Lorsque survient le sinistre, il peut être le fait d'un tiers qui en est responsable, ou lui incomber à la suite d'un contrat (art. 1733). Lorsque l'assuré aura touché le montant de son indemnité de la compagnie d'assurances, il ne pourra évidemment plus poursuivre le tiers responsable : autrement le sinistre l'enrichirait, ce qui est contraire aux principes de l'assurance. Mais le tiers sera poursuivi par l'assureur, que celui-ci ait stipulé ou non dans la police la cession éventuelle de cette action en indemnité. Cette cession est admise sans même qu'on recherche s'il y a clause de la police, elle est considérée comme imposée par les principes de l'assurance. S'il y a ainsi une cession tacite de l'action en indemnité qui appartenait à l'assuré contre le tiers responsable, ne pouvons-nous pas raisonner de la façon suivante. La compagnie a promis une indemnité en échange : 1° des primes à payer; 2° de la cession du droit éventuel à indemnité contre le tiers responsable du sinistre. Or, s'il n'y avait pas eu assurance, le droit à indemnité contre l'auteur du sinistre aurait certainement représenté l'immeuble, il aurait eu les mêmes qualités juridiques que lui.

(1) Et encore cette déduction ne devra pas selon moi être faite dans les cas très nombreux où on peut considérer que le propriétaire n'a fait en s'assurant qu'une dépense d'administration prudente, qu'il est d'usage de faire.

Comment l'indemnité d'assurance qui est pour partie au moins obtenue en échange de cette indemnité ne la représenterait-elle pas, et n'aurait-elle pas au moins pour partie les mêmes qualités que l'immeuble détruit?

La subrogation de l'indemnité d'assurance à la chose sinistrée étant admise, nous pouvons en tirer quelques conséquences pratiques. Lorsqu'une indemnité d'assurance sera due pour un immeuble grevé de substitution, ou frappé de dotalité, cette indemnité reviendra au substitué, ou fera partie de la dot. Il en sera de même si l'immeuble était sujet à rapport ou à réduction. Si le bien détruit était grevé d'hypothèques, la question va faire plus de difficulté, semble-t-il. En effet, une créance n'est pas susceptible d'hypothèque. On ne peut donc admettre que l'indemnité soit à ce point de vue subrogée à la chose assurée. Cette objection a arrêté beaucoup d'auteurs.

On pourrait tout d'abord la réfuter en admettant que le débiteur, en constituant l'hypothèque, a fait tacitement cession à son créancier de la portion correspondante à sa créance de l'indemnité promise par la compagnie. Les créanciers viendraient sur l'indemnité non à titre de créanciers hypothécaires, mais comme cessionnaires successifs de parties de la créance. Cela serait assez en harmonie avec l'intention des parties et l'on aboutirait d'une façon simple au résultat que l'on peut désirer. Mais même en laissant de côté cette façon de raisonner, on peut par l'application des principes antérieurement indiqués par nous résoudre la question d'une façon équitable et plus parfaite (1). Il suffit de faire appel à l'action de *in rem verso*. Il n'est pas admissible qu'un sinistre enrichisse les créanciers chirographaires aux dépens de ceux qui ont des hypothèques. Cela nous paraît contraire à la façon dont la jurisprudence elle-même a comprise l'action de *in rem verso* (2).

(1) Le premier moyen, en effet, ne va bien que pour une police passée avant la constitution d'hypothèque. Si elle est signée après, on pourrait y voir une gestion d'affaires, cela est assez conforme à la façon moderne de comprendre cette institution, mais alors le créancier hypothécaire devrait rembourser les primes.

(2) V. Cass. 11 juill. 1889, précité.

La solution serait évidemment la même pour les privilèges existant sur le bien détruit, et ici la seconde explication serait seule admissible, car il ne peut être question de cession tacite pour les privilèges qui sont nés de la loi. En tous cas, elle permettra aux créanciers privilégiés d'obtenir satisfaction.

Ces solutions s'imposeront également, soit que l'assurance ait été contractée par le propriétaire lui-même, soit qu'elle l'ait été par un simple possesseur.

Il nous reste à justifier ces déductions théoriques sur les droits des créanciers privilégiés ou hypothécaires à un dernier point de vue : celui de leur utilité pratique : elles semblent inutiles puisqu'elles sont consacrées par des textes : la loi du 20 mai 1858 sur les magasins généraux (art. 10) en ce qui concerne les marchandises warrantées; la loi du 19 février 1889 (art. 2); celle du 18 juillet 1898 sur les warrants agricoles (art. 4), mais l'étendue d'application de ces textes peut donner lieu à difficulté. Si, comme nous le pensons, il faut y voir des applications du principe de non enrichissement indû, il sera plus facile d'en fixer l'application (1).

§ 4.

Nous avons indiqué précédemment que nous nous réservions pour plus tard d'aborder un second point de vue de la question : comment les tiers sont-ils garantis contre les dangers que leur fait courir la subrogation réelle?

Admettre la subrogation aux seules conditions que nous avons indiquées, cela va assez bien tant qu'on envisage seulement les deux intéressés directs : les époux s'il s'agit d'un propre, l'absent de retour et les envoyés en possession au cas de l'art. 132. Mais à côté d'eux, il y a les tiers : ils ont pu croire que tel bien était commun, que tel autre était la propriété incommutable de l'envoyé en possession. Si ces biens peuvent leur échapper tout à coup, ils auront une situation pénible qu'ils n'auront pas méritée. On les pousse à un sentiment de méfiance très dangereux pour le crédit, pour la facilité des relations juridiques à moins de leur

(1) V. sur ce point, Darras et Tarbouriech, *loc. cit.*

donner un moyen de connaître la situation véritable. Il est donc nécessaire d'assurer la tranquillité des tiers par un système de publicité.

Sans doute on ne manquera pas ici de vanter une publicité complète, intégrale. Cela est fort à la mode. On verra là une occasion excellente de pratiquer ce système de publicité pour tous les actes un peu importants qu'on donne comme le système de l'avenir. Système un peu naïf, car le droit ne peut prétendre qu'à empêcher les inconvénients les plus criants. Et les formalités de publicité, outre qu'elles n'intéressent pas toujours ceux qui devraient les connaître, seraient, ainsi étendues, une cause de lenteur dans les affaires. Il faut, nous le croyons, être plus modeste dans ses désirs ; on doit se contenter, en fait de subrogation réelle, d'une publicité proportionnée à celle qui existe dans les autres matières. La qualité dont va être affectée le bien nouveau n'est pas nouvelle. Elle existait antérieurement sur le bien ancien aujourd'hui aliéné. Or, quelle publicité a-t-on exigée pour qu'il existât sur le bien ancien telle qualité qu'il s'agit aujourd'hui de transférer à un autre. Cela est important à savoir, car nous trouvons là une mesure exacte de la publicité qu'il faut exiger pour chaque cas de subrogation réelle. Il s'agit, par exemple, des biens d'un absent. Les héritiers présomptifs ont obtenu un envoi en possession définitif, ils détiennent aujourd'hui ces biens, mais rien ne vient d'une manière précise avertir les tiers d'une revendication possible de ces biens par l'absent de retour. Rien ne les empêche de croire l'envoyé en possession plein propriétaire. Un de ces biens vient-il à être échangé par l'envoyé en possession contre un immeuble, les tiers seront-ils plus menacés si ce bien comme d'ailleurs celui qu'il a remplacé, peut être revendiqué par l'absent de retour? Non, puisqu'il n'y avait pas de publicité spéciale pour leur dévoiler la situation du bien ancien. Pourquoi exigerait-on un avertissement pour le nouveau Cet? excès de sévérité dans l'intérêt du crédit serait ici hors de saison.

De même, mais à l'inverse, pour un immeuble grevé de substitution. Les tiers étaient prévenus de l'existence de la substitution par la transcription des actes au bureau des hypothèques

dans le ressort duquel est l'immeuble donné (art. 1069). L'existence de la substitution doit raisonnablement leur être indiquée de même pour les immeubles acquis avec l'argent du premier.

D'une publicité établie dans cette mesure, les tiers ne peuvent spécialement se plaindre : puisqu'elle est la même qu'en toute autre matière. La subrogation par elle-même ne nécessite donc dans leur intérêt aucune publicité spéciale.

Ceci, toutefois, appelle une réserve. Les tiers peuvent légitimement exiger ici une indication spéciale dans un cas. Le bien ancien pouvait être connu en fait comme ayant telle qualité. De plus, les titres de propriété qui l'accompagnaient pouvaient faire mention de sa situation juridique spéciale. Cette source précieuse d'indications doit pouvoir être utilisée pour le bien nouveau. Les tiers doivent savoir que ce bien nouveau est arrivé dans le patrimoine de leur cocontractant en remplacement de tel autre, il faut qu'ils puissent remonter à l'origine du bien nouveau, et connaissant ainsi le bien ancien, apercevant ses qualités juridiques spéciales, conclure à celles qui affectent le bien acquis à sa place. Comment le feront-ils?

Les hypothèses sont de deux sortes. Le lien juridique avec le bien ancien peut être apparent : il y a échange, il y a vente d'un bien. Si l'on veut connaître la situation du bien nouveau, savoir si c'est un propre ou un conquêt, on sera mis nécessairement sur la voie en consultant l'acte d'échange, l'acte de vente. On verra de suite quel bien remplace le bien actuel. On pourra ainsi découvrir les qualités juridiques de l'objet reçu en contre-échange, de la créance du prix. Il en serait de même pour un bien reçu dans un partage, pour une indemnité d'assurance ou autre qui serait due. Une personne ne peut pas ne pas être renseignée sur l'origine d'une créance en indemnité qu'elle veut acheter ou recevoir en gage, ne pas consulter les actes qui constatent comment elle est née. La filiation de cette valeur contenue aujourd'hui dans le patrimoine se trouve donc *ipso facto* indiquée aux tiers. Ils n'ont plus qu'à s'enquérir des qualités juridiques spéciales qui pouvaient affecter les prédécesseurs du bien actuel.

Dans un dernier cas, le lien entre le bien ancien et le bien nouveau est moins apparent : c'est lorsque le bien nouveau a été

acheté. Si nous constatons dans l'acte d'achat que le prix a été payé, rien ne nous avertit de l'origine de ce prix. Une somme d'argent ne porte avec elle aucun certificat d'origine. Vient-elle ou non de l'aliénation d'un bien frappé de qualités juridiques spéciales? Nous l'ignorons. Il faut alors une indication spéciale dans le contrat pour nous dire quels sont ces derniers, pour mettre en lumière le lien qui rattache l'objet acheté à d'autres objets aujourd'hui aliénés. Il faut, en un mot, que l'on déclare dans l'acte que l'achat est fait en remploi des deniers provenant de la vente de tel immeuble (1). Ce n'est qu'à ce prix que la sécurité des transactions ne sera pas menacée, qu'un piège sera évité à la bonne foi. Ainsi, au regard des tiers, deux mesures de publicité seront nécessaires : 1° Il sera fait indication de l'origine des deniers s'il s'agit d'un achat. 2° De plus, si la qualité avait été soumise à une publicité spéciale lors de son attribution au droit ancien, les mêmes formalités seront recommencées pour ce qui sera acquis en remplacement.

Nous allons voir un peu plus loin que c'est précisément ce système exposé par nous qui semble avoir été esquissé dans les dispositions éparses, et il faut le reconnaître, trop peu nombreuses de notre législation.

(*A suivre*). DEMOGUE.

(1) En l'absence de cette mention faut-il admettre la preuve de l'origine des deniers par tout autre moyen? Je pencherais pour l'affirmative seulement au cas où il s'agirait d'une aliénation faite par un autre que le titulaire du droit, en ajoutant toutefois qu'il faudra se montrer prudent pour ne pas admettre une preuve trop facile. La raison c'est que la qualité de propriétaire de telle personne n'étant pas publiée, en droit actuel, ou l'étant très imparfaitement, les droits du tiers ne sont pas plus menacés dans un cas que dans l'autre. Pour tous les autres cas, la négative me paraît s'imposer énergiquement. Autrement on s'exposerait à voir triompher les manœuvres les plus déloyales, et les créanciers verraient tout à coup se démasquer des moyens de défense à leurs poursuites, des clauses d'insaisissabilité qu'il leur aurait été impossible de prévoir. Nous sommes ici en présence d'un des aspects de la lutte entre l'application logique des principes d'équité et les exigences du crédit, lutte qui remplit tout le droit moderne. Et comme en beaucoup d'autres occasions, nous croyons qu'il est nécessaire de favoriser seulement les gens prudents, système vers lequel tendent en somme les législations modernes.

BIBLIOGRAPHIE

Traité élémentaire de Droit administratif,

par M. H. Berthélemy, professeur de Droit administratif à l'Université de Paris.

Compte-rendu par M. Raimond, professeur à la Faculté de Droit de Montpellier.

M. Berthélemy, professeur à la Faculté de droit de Paris, vient de faire paraître un nouveau *Traité élémentaire de Droit administratif;* nous avons plaisir à souhaiter la bienvenue à l'ouvrage et à adresser à l'auteur nos félicitations les plus sincères.

Il nous dit, dans sa Préface, que son ambition a été surtout de systématiser le droit administratif, et de présenter sous un aspect théorique les solutions consacrées par la doctrine et par la jurisprudence. Les lecteurs de son livre pourront facilement s'assurer que ce but a été atteint d'une manière très heureuse. Dans chaque matière, en effet, l'éminent professeur a su coordonner les détails et en dégager les principes, de façon à nous exposer de grandes théories dont le développement logique embrasse tout l'ensemble du droit administratif.

Dans cette œuvre de composition et de synthèse il a réussi à donner à ses conceptions systématiques une grande clarté; et c'est là un mérite qui n'est pas commun. En effet, ces grandes constructions juridiques, qui permettent de rattacher une multitude de questions pratiques à des idées générales peu nombreuses, exigent des efforts d'abstraction; et il est toujours fort difficile de faire un travail de ce genre dans un livre élémentaire, parce qu'on s'adresse à des intelligences non encore familiarisées avec les spéculations juridiques; aussi est-il fort à craindre qu'elles ne puissent suivre les raisonnements qui servent de base aux doctrines qu'on veut leur exposer. M. Berthélemy s'est tiré fort à son avantage de cette difficulté, et il nous indique lui-même le procédé dont il s'est servi. Il a veillé, nous dit-il, à ce que les problèmes qu'il étudiait ne fussent pas embrouillés par l'abus des mots et des abstractions; il les a, par suite, présentés sous leur forme réelle et concrète, et les a ainsi rendus compréhensibles

même pour des esprits peu habitués à la métaphysique du droit.

C'est là un caractère de ce Traité élémentaire que nous avons voulu mettre en relief tout de suite, parce qu'à notre avis il est très important. Ce traité est réellement une œuvre scientifique; l'auteur ne s'y est pas borné à accumuler des séries de renseignements plus ou moins utiles sur l'administration publique et sur les diverses branches des services publics; il a fait davantage : il a essayé d'établir les principes qui doivent régir notre droit public. Cette tentative est faite d'ailleurs avec une grande largeur d'esprit et une clarté d'exposition qui ne laisse rien à désirer. Ceux qui liront son livre pourront ne pas en accepter toutes les conclusions et nous sommes même personnellement disposé à faire quelques réserves; mais c'est là un détail qui a peu d'importance. Notre Droit administratif est en effet encore en état de formation; on ne doit donc pas s'étonner de rencontrer quelques divergences entre les interprètes. Le point important c'est que ce nouveau Traité aborde toutes les difficultés sans en omettre aucune, il les étudie dans un esprit véritablement scientifique, et pourtant nous croyons que nos étudiants, même les moins studieux, pourront suivre sans grand effort toutes les dissertations qu'il contient, tant elles leur sont présentées avec clarté et simplicité. Ce sont là des mérites qui nous paraissent devoir faire classer cet ouvrage au premier rang parmi ceux qui sont destinés à l'enseignement.

Le Traité est divisé en trois livres : le premier livre s'occupe de l'organisation et des attributions des agents et des conseils administratifs; le deuxième est consacré à l'étude des matières dans lesquelles les agents et les conseils ont à intervenir et peut ainsi être intitulé : de l'action administrative; quant au troisième, il est réservé à la juridiction administrative et comprend tout à la fois les tribunaux et le contentieux administratif. Cette méthode n'est peut-être pas d'une logique irréprochable, et l'auteur s'en doute bien lui-même, car il nous dit (1) que l'ordre qu'il préfère aux autres n'a aucune prétention à l'originalité, mais que c'est le plus simple et le plus propice à la clarté de

(1) Note 1, p. 10.

l'exposition, et que cela suffit. Nous sommes tout disposé à accepter son point de vue. En définitive, l'intérêt, que soulève cette question de la méthode générale à suivre, ne concerne guère que la facilité plus ou moins grande que l'on aura à trouver dans le cours de l'ouvrage les renseignements dont on aura besoin; mais pour cela une bonne table des matières est bien suffisante. Aussi nous n'insistons pas sur ce point.

L'objet du premier livre est l'organisation administrative; mais avant d'en aborder les détails, M. Berthélemy s'occupe avec raison des principes généraux et il expose magistralement les grandes théories que l'on peut considérer, en effet, comme les bases de notre droit public : telles que la séparation des autorités judiciaire et administrative, la théorie générale des fonctions publiques, la distinction de la personne privée et de la puissance publique dans le fonctionnement de l'Etat, des départements et des communes.

A propos de cette dernière matière nous faisons remarquer que l'éminent professeur de la faculté de Paris ne se sert jamais de l'expression personne publique et qu'il paraît être d'avis que cette sorte de personnalité n'existe pas; pour lui l'Etat, puissance publique, n'est pas une personne. Il nous semble que cette conception de la personnalité est trop étroite. En droit international public la personnalité de l'Etat est admise sans difficulté et il ne peut s'agir là incontestablement que d'une personnalité publique. Pourquoi dès lors devrions-nous rejeter en droit administratif une notion acceptée dans une branche du droit public aussi voisine de la nôtre? Ce n'est pas d'ailleurs une simple question de dénomination; cette controverse touche à des intérêts réels et sérieux. Ainsi M. Berthélemy, pour admettre l'irresponsabilité de l'Etat à l'égard des actes de puissance publique, s'appuie précisément sur la considération que cette puissance ne constitue pas une personne. Nous repoussons la conséquence avec plus d'énergie encore que le principe sans vouloir pourtant entreprendre l'examen d'une théorie aussi considérable que celle de la responsabilité de l'Etat; ce n'est pas ici le lieu.

Nous désirerions cependant ajouter quelques mots. M. Berthélemy s'étonne que le système de l'irresponsabilité de l'Etat sou-

lève des protestations quand on l'applique aux actes des administrateurs et qu'il n'en soulève pas quand il s'agit des actes de la justice. Mais il aurait dû s'assurer d'abord de l'existence réelle du fait qui lui paraissait étonnant. Il nous semble, en effet, qu'il s'est toujours élevé des réclamations contre l'idée que l'Etat ne devait rien aux victimes des erreurs judiciaires; et la preuve qu'il en a été ainsi, c'est que ces plaintes ont fini par émouvoir le législateur et que la loi du 8 juin 1875 leur a accordé un commencement de satisfaction en concédant une indemnité aux personnes qui auraient subi une condamnation pénale reconnue imméritée. On objecte, il est vrai, que la responsabilité de l'Etat n'a été admise par la loi qu'à raison des erreurs commises par les juridictions répressives et que, par conséquent, le principe de l'irresponsabilité reste intact pour les erreurs de la justice civile. Qu'on nous permette de ne pas être de cet avis : La loi du 8 juin 1895 démontre formellement qu'il n'existe aucune incompatibilité entre la souveraineté et la responsabilité; le souverain peut donc légalement être responsable; dès lors la seule question qui subsiste encore et que l'on puisse encore controverser est celle de savoir quelles sont les conditions dans lesquelles cette responsabilité sera mise en jeu.

L'examen des principes généraux terminé, l'auteur aborde, dans une série de chapitres successifs, les règles spéciales propres à chacune des fonctions diverses dont l'ensemble constitue l'administration publique. Cette étude est conduite d'une façon remarquable; elle offre aux lecteurs un tableau exact, complet et bien ordonné de notre organisation administrative proprement dite, c'est-à-dire de l'organisation des agents et des conseils, celle des tribunaux étant renvoyée au troisième livre. Nous signalons parmi les pages les plus intéressantes, celles qui sont consacrées à la décentralisation administrative, à la théorie des actes de gouvernement, aux notions historiques sur l'autonomie départementale ou sur la commune, aux attributions des conseils généraux, etc... Nous arrêtons cette liste un peu arbitrairement, car en réalité il faudrait presque tout citer, si l'on voulait signaler exactement toutes les parties excellentes.

Nous ne proposerions une légère critique qu'à propos des règles

ments administratifs. M. Berthélemy a étudié séparément les règlements présidentiels, les règlements préfectoraux et les règlements municipaux. Cette séparation était inévitable puisque ces diverses catégories d'actes sont soumises à quelques règles différentes, mais nous croyons qu'il n'eût pas été inutile de présenter une théorie générale du pouvoir réglementaire, afin de constater que ce pouvoir a la même nature, quel que soit l'agent qui l'exerce. Et nous estimons que cette observation aurait beaucoup facilité la tâche de notre savant collègue lorsqu'il s'efforce de démontrer que tous les règlements présidentiels doivent être considérés comme des actes administratifs et qu'aucun d'entre eux ne revêt le caractère législatif.

Le second livre traite de l'action administrative, c'est-à-dire des nombreuses matières dans lesquelles les autorités administratives ont à intervenir. Elles sont divisées en quatre grandes catégories : les libertés publiques, les services essentiels et les services facultatifs de l'Etat, l'organisation financière.

C'est ici que se manifeste le plus nettement le caractère arbitraire de la méthode adoptée par M. Berthélemy. Ainsi sous la rubrique libertés publiques, il range toute l'organisation des cultes avec les établissements publics et d'utilité publique qui se rattachent à ce service. C'est sous la même rubrique qu'il s'occupe des congrégations religieuses, alors que les associations syndicales sont placées au milieu des services essentiels de l'Etat, bien qu'on eût pu les rattacher à la théorie du droit d'association avec autant de raison que les congrégations religieuses. Aussi ce classement des matières ne laisse pas que de paraître un peu étrange et on a peine à éviter un sentiment de surprise. Mais l'inconvénient n'est pas grand, car en définitive avec l'aide de la table des matières on se retrouve bientôt. Et comme il n'existe pas d'ailleurs de classification parfaite, et que toutes celles qui ont été proposées ont leurs inconvénients, nous passons volontiers condamnation sur ce détail.

Le reproche suivant serait peut-être un peu plus grave. En distinguant les services essentiels de l'Etat des services simplement facultatifs, M. Berthélemy paraît bien avoir voulu suivre une idée théorique; ces qualifications d'essentiels et de facultatifs

répondent à une conception systématique du rôle de l'Etat. Mais quelle est cette conception ? Nous ne trouvons pas d'autres renseignements que ces deux lignes : « J'appelle services facultatifs de l'Etat ceux par lesquels l'administration supplée l'initiative privée ou insuffisante. » C'est peu clair et bien laconique. Si nous examinons ensuite les détails du classement fait par l'auteur, nous voyons notamment qu'il range parmi les services essentiels le domaine public avec toutes ses dépendances, excepté les chemins de fer qui sont placés au milieu des services facultatifs. Pourquoi cette différence entre les chemins de fer et les autres dépendances du domaine public? L'intervention de l'Etat n'est pas plus nécessaire pour les routes ordinaires ou pour les canaux que pour les voies ferrées. Cette distinction des services essentiels et des services facultatifs ne nous paraît pas heureuse.

La part ainsi faite à la critique, il ne nous reste plus qu'à approuver, non pas précisément toutes les solutions, car nous nous séparons de notre savant collègue sur quelques points, notamment en matière de domaine public; mais nous avons déjà dit que nous attachions peu d'importance à ces divergences inévitables dans une science en formation. Nous ajoutons que dans un ouvrage élémentaire, ce ne sont pas les solutions données par l'auteur qui sont à considérer, c'est surtout la manière dont il les présente. Et sur ce point nous donnons à M. Berthélemy notre approbation sans réserve; le terme d'approbation est même un peu faible pour exprimer tout notre sentiment. Cette revue des matières administratives est en effet aussi complète qu'on peut la désirer au point de vue de l'enseignement, et chaque matière est l'objet d'un examen approfondi à l'occasion duquel l'auteur sait aller chercher dans l'histoire, dans la philosophie ou dans l'économie politique les considérations théoriques qui peuvent lui être utiles tout en faisant leur juste part aux exigences de l'utilité pratique. Le tout est exposé dans une langue claire et simple qui rend facilement compréhensibles les problèmes les plus ardus. Nous renonçons à signaler une théorie quelconque, car ce serait se montrer injuste pour les autres; ce n'est qu'en nous plaçant au point de vue spécial de l'actualité que nous recommandons particulièrement aux lecteurs la ques-

tion de la personnalité morale, celle du droit d'association et des congrégations religieuses, les projets de réforme des conseils de guerre, la question du monopole universitaire, la défense des conventions *scélérates* relatives aux chemins de fer, etc...

Le troisième et dernier livre s'occupe de la justice administrative.

M. Berthélemy croit à la nécessité de la juridiction administrative, mais la démonstration qu'il a essayé d'en donner nous paraît peu probante. Dire que les tribunaux judiciaires finiraient par devenir les véritables maîtres de l'action administrative s'ils pouvaient juger les litiges relatifs aux actes de puissance publique, c'est avancer une proposition qui aurait besoin d'être démontrée. Ou bien, en effet, l'acte administratif serait conforme à la loi et la réclamation serait rejetée; ou bien l'agent aurait commis une illégalité et alors il devrait être rappelé au respect et à l'observation de la loi. On peut objecter, il est vrai, que les tribunaux judiciaires pourraient mal interpréter les lois et voir des inégalités où il n'y en aurait point. Nous répondons que l'administration ferait alors appel au contrôle de la Cour de cassation qui, suffisante pour les intérêts privés, doit l'être aussi pour les droits de la puissance publique. En tout cas, c'est là la question réelle à examiner et il nous paraît que sur ce point M. Berthélemy est resté un peu à côté de la véritable difficulté.

La division des matières était ici tout naturellement indiquée : L'étude du contentieux administratif et des conflits; puis l'organisation des tribunaux administratifs et la détermination de leur compétence respective; et en dernier lieu la procédure.

Nous rencontrons dans cette troisième partie les mêmes qualités que dans les deux premières : Ainsi l'œuvre est tout entière fondue dans le même moule; aucune défaillance grave ne peut être signalée. Elle est de nature par suite à rendre de grands services à tous ceux qui voudront entreprendre l'étude du droit administratif. La lecture n'en sera même pas inutile à ceux qui savent déjà : en effet, quoique M. Berthélemy nous dise dans sa Préface que la substance de son livre est puisée dans les ouvrages de ses prédécesseurs, il ne faut pas prendre sa déclaration au pied de la lettre; en réalité son traité contient des théories

entièrement neuves; il en contient d'autres qui ont été renouvelées au moins en partie; il s'adresse donc aux savants comme aux ignorants; pour tous, c'est un livre excellent.

BRÉMOND.

La Femme mariée. — Ses droits et ses intérêts pécuniaires,

Par M. Albert Aftalion, docteur en droit.

Compte-rendu par M. Henri Prudhomme, docteur en droit, juge d'instruction à Lille.

Le livre de M. Aftalion a obtenu, en 1897, le prix Rossi, à la Faculté de droit de l'Université de Paris. Rédigé en vue d'un concours, il répond naturellement aux exigences du programme imposé par la Faculté. Ce qui était demandé aux concurrents, ce n'était pas un commentaire exégétique, s'ajoutant à tant d'autres, des dispositions de notre Code civil sur les régimes matrimoniaux; c'était bien une étude toute nouvelle à faire d'après une méthode dont bien peu de jurisconsultes se sont encore inspirés en France, et qui, s'attachant moins aux théories juridiques qu'aux faits eux-mêmes, devait rechercher comment la pratique avait utilisé et combiné ces différents régimes de 1804 à nos jours et quelle situation a été faite ainsi à la femme mariée, non pas en se mettant en opposition avec la loi, mais en utilisant les instruments fournis par elle à d'autres fins parfois que les siennes.

M. Aftalion a su remplir ce programme « dans toute son étendue, avec un sens juridique très fin, avec une grande intelligence des réalités et un souci tout à fait original de l'évolution du droit ». Telle a été l'appréciation particulièrement élogieuse des juges du concours, et il n'est que légitime de le rappeler.

Après une courte introduction dans laquelle sont résumées à grands traits les tendances différentes du droit romain et du droit germanique et mises en lumière les idées capitales qui commandent à l'évolution de la condition de la femme mariée dans le droit moderne, l'auteur expose ensuite comment ces idées se sont développées et à quelles conséquences pratiques elles ont conduit dans les différentes législations, suivant que celles-ci ont échappé à la pénétration du droit romain pour se rattacher davantage aux

antiques règles germaniques, ou qu'elles se sont efforcées de combiner ces règles avec les principes du droit romain.

Cette étude très intéressante se divise naturellement en deux livres concernant : l'un, la France; l'autre, les pays étrangers.

En France, M. Aftalion prend la situation de la femme mariée au treizième siècle, c'est-à-dire à l'époque où du mélange confus et incohérent des traditions germaines et romaines commence à se dégager nettement la division du territoire national en pays de droit écrit et pays de droit coutumier, et, après avoir exposé le long travail de fusion de ces deux traditions du quinzième au dix-huitième siècle, et rapidement rappelé les tentatives de codification de la Révolution, il aborde l'examen des règles de notre Code civil et, enfin, dans un dernier titre, il montre comment toutes les transformations du droit matrimonial ont convergé vers une extension considérable de l'activité de l'épouse, et comment, par voie de réciprocité, les garanties primitivement accordées à la femme contre les actes du mari tendent à leur tour à diminuer.

Ni la communauté ni le régime dotal n'ouvraient un large champ à l'initiative de la femme. Le régime dotal, notamment, est bien à proprement parler le régime de l'immobilité. Mais la protection absolue dont ce régime entourait la femme a perdu sa vigueur primitive; à l'inaliénabilité des biens dotaux succède l'aliénabilité sous condition d'emploi, et les clauses ordinaires des contrats de mariage, modifiant les pouvoirs reconnus au mari par la jurisprudence, donnent habituellement à la femme la faculté d'aliéner sous condition d'emploi, avec l'autorisation du mari, sa dot mobilière et immobilière. En même temps, la jurisprudence et la pratique augmentent le rôle de la femme dans la gestion, au moins partielle, des biens communs. Elle oblige la communauté, pour les besoins du ménage, au delà des limites d'un simple mandat; elle dispose dans une certaine mesure des économies pour des placements à la caisse d'épargne, aux sociétés de retraite ou de secours mutuels. Cependant, chose curieuse, cette jurisprudence et cette pratique paraissent moins s'inspirer de nos idées modernes sur l'égalité des sexes, que du désir de protéger les tiers, fournisseurs ou gérants de caisse d'épargne qui ont traité avec la femme.

Dans le deuxième livre, M. Aftalion, après avoir exprimé, dans différents chapitres, les tendances générales de la législation, dans les pays anglo-saxons, en Scandinavie, dans les pays de langue germanique, dans les pays de langue latine et en Russie, expose comment les législations modernes, répudiant à la fois les traditions germaniques et les traditions romaines, tendent de plus en plus à assujétir moins étroitement la femme au mari, et estiment de moins en moins nécessaire de sauvegarder la femme soit contre elle-même, soit contre son conjoint. Ces tendances se sont nettement manifestées dans certaines codifications récentes et elles sont bien inspirées, cette fois, par la conception nouvelle que nous nous faisons du rôle des époux.

Un troisième livre intitulé : « Étude de législation », termine l'ouvrage. L'auteur le consacre à l'examen des réformes à introduire dans nos lois pour mettre notre droit matrimonial en harmonie, non seulement avec les idées d'égalité qui se propagent de plus en plus, mais aussi avec les conditions économiques de la vie moderne, comme aussi pour donner satisfaction au légitime souci d'améliorer le sort des classes laborieuses en laissant à la femme une plus libre disposition des produits de son travail ou de son industrie personnelle. M. Aftalion, en abordant cette étude qui n'est pas la moins intéressante, annonce son intention de traiter ces délicates questions « avec modestie » et en s'inspirant à la fois des leçons résultant des progrès déjà réalisés par les législations étrangères et des indications que peuvent donner nos traditions nationales. Il a su demeurer fidèle à ce programme très sage, et cette dernière partie de son travail mérite bien l'éloge qu'en faisait M. le professeur Girard, lorsque, rendant compte du concours dans lequel le livre de M. Aftalion a été si justement distingué, il le signalait comme une œuvre de « premier ordre ». Indiquons spécialement comme méritant l'attention les observations sur l'incapacité de la femme mariée, sur la saisie-arrêt de l'épouse sur les salaires du mari et la réforme hypothécaire.

HENRI PRUDHOMME.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Imp. F. PICHON, 24, rue Soufflot.

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE COMMERCIALE

(Année judiciaire 1900)

Par M. F. Arthuys, professeur de Droit commercial à l'Université de Poitiers.

I. — Commandite simple. — Stipulation d'intérêts en l'absence de bénéfices.
Obligations à prime. — Liquidation de la société. — Remboursement anticipé.
Obligations à lots. — Vente à tempérament. — Pacte commissoire.
II. — Lettre de change. — Acceptation par acte séparé. — Donneur d'ordre. — Compétence.
III. — Liquidation judiciaire, — Demande en liquidation judiciaire. Délai de rigueur. — Pouvoirs des juges.

§ 1er. — Sociétés.

Commandite simple. — Stipulation d'intérêts en l'absence de bénéfices.

Les restitutions de capital versé par les associés qui ont fourni leur apport se présentent sous différentes formes. Il en est une discutée depuis longtemps, admise par la jurisprudence et qui vient d'être l'objet d'un important arrêt de la Cour de cassation (1). Nous voulons parler de la clause qui assure aux associés des intérêts même en l'absence de bénéfices. Il semble au premier abord, que le pacte social doit exprimer formellement la volonté des associés à ce sujet, car s'il est dit simplement que chaque associé aura droit à un intérêt de tant pour cent, la clause est interprétée, en règle générale, comme établissant un mode particulier de partager les bénéfices. Elle doit donc mentionner expressément qu'il sera alloué des intérêts même en l'absence de bénéfices. C'est en ce sens qu'elle est habituellement entendue (2). Cependant il ne paraît pas que, sur ce premier point, la Cour de cassation ait suivi les décisions antérieures. « Attendu que tout

(1) 7 nov. 1899, Dalloz, 1900, I, 369, et la note de M. Thaller.
(2) Voy. Lyon, 20 janv. 1890, Dalloz, 1892. 2. 33.

en admettant, dit l'arrêt, que les clauses de l'art. 6 dussent être interprétées en ce sens que, même en cas d'absence de bénéfices, elles permettraient, au profit des commanditaires, le paiement des intérêts de leur mise. » L'art. 6 indiquait seulement que la mise de chaque associé était productive d'intérêts au taux de 5 pour 100 l'an. Est-ce réellement une innovation dans la pensée de la Cour de cassation? Elle serait regrettable, mais il serait téméraire de l'affirmer, la Cour paraissant plutôt supposer cette interprétation possible, admissible, pour arriver à sa conclusion. Laissons donc de côté cette question qui fait naître un doute et admettons que la clause, même conçue en termes généraux, donne droit à des intérêts même en l'absence de bénéfices. Comment justifier cette solution consacrée par la jurisprudence et la majorité des auteurs? Et pourquoi la Cour, dans le cas particulier qui lui est soumis, refusa-t-elle de s'y ranger?

Quelques observations sont nécessaires sur la première question, car la Cour ne répudie pas en principe la théorie généralement reçue. Il est d'abord certain qu'il ne s'agit pas ici de véritables intérêts. Les intérêts proviennent du capital sans que celui-ci soit diminué. Les sommes versées aux associés en l'absence de bénéfices sont nécessairement prélevées sur le capital et le diminuent d'autant. D'ailleurs, s'il s'agissait d'intérêts véritables ils décroitraient au fur et à mesure que le capital s'amoindrirait à la suite des restitutions; il n'y a donc que des restitutions de capital.

Ceci posé en principe, mettons de côté une hypothèse qui ne paraît pas contestable. S'il est dit que des intérêts seront prelevés pendant un nombre d'années déterminé, par exemple pendant la période de premier établissement, et si, de plus, on a soin de publier cette clause conformément aux règles prescrites par la loi du 24 juillet 1867, c'est-à-dire en la mentionnant dans l'extrait inséré dans journaux (art. 57), la clause est inattaquable. Le capital réel est calculé déduction faite de ce qui est nécessaire au service des intérêts dont il est facile de connaître le chiffre. Il y a dans ce cas une réduction précise, invariable, qui ne dépassera pas une certaine limite. Personne ne peut être trompé sur le chiffre exact du capital social. Réduite à ces termes, la clause suffit aux

besoins les plus urgents de la société; elle permet de ne pas laisser le capital improductif pendant la période de premier établissement. C'est ainsi que le législateur l'autorisait dans le projet de 1884, et le vœu formulé au congrès international des sociétés par actions réuni en 1889 n'allait pas plus loin. Si la société redoute de mauvaises années après l'exploitation commencée, elle peut constituer un fond de réserve qui est obligatoire dans les sociétés anonymes (L. du 24 juillet 1867, art. 36).

Mais la clause est généralement entendue d'une façon plus large. Elle vise même le cas où l'absence de bénéfices se produit, quand la société aura commencé à fonctionner, et où l'exercice se solde par des pertes ou tout au moins sans bénéfices. Comment expliquer alors les prélèvements exercés sur le capital? C'est que, dit-on, il est possible d'envisager ces prélèvements comme une charge de l'entreprise, ils font partie des frais généraux. Objecterait-on qu'ils nuisent aux créanciers qui ne retrouveront plus le capital d'origine? Mais on ne leur a pas promis un capital irréductible. On leur a promis un capital tel qu'il se comporterait dans l'avenir avec ses chances da gains et de pertes; chaque créancier doit considérer le capital au moment où il contracte, il y a là une perte qu'il faut assimiler aux autres.

Cette théorie toutefois comporte au moins deux tempéraments, qui partent l'un et l'autre du même principe. Les associés ont stipulé dans la mesure du possible la restitution du capital, mais ils ne se présentent pas comme créanciers et ne peuvent prétendre venir en concours avec les créanciers. Ils doivent laisser dans la caisse sociale de quoi les satisfaire; par conséquent à partir du moment où le passif égale l'actif, l'exécution de la clause n'est plus possible et la restitution s'impose. Par suite également, en cas de faillite de la société, les associés ne seraient pas admis à concourir avec les créanciers (1).

On a proposé encore une autre atténuation. Si on recherche la volonté des contractants, il est permis de supposer qu'ils n'ont pas voulu réduire définitivement le capital du chiffre auquel les versements d'intérêts l'a porté. Il y a là un état transitoire, une

(1) Paris, 14 août 1868, Sirey, 1868. 2. 248; Labbé, Sirey, 1878. 2. 225.

avance faite aux associés sur les bénéfices futurs, de telle sorte que si la société devient prospère, il faudra avant de distribuer des dividendes, prélever ce qui est nécessaire à la reconstitution du capital primitif. Mais ce n'est là qu'une interprétation de volonté; elle ne résulte pas de la clause, elle ne s'impose pas, comme les atténuations précédentes qui dérivent des principes (1).

L'accord fait sur ce point entre la doctrine et la jurisprudence, la divergence porte sur la publicité. Doit-on mentionner cette clause dans l'extrait publié dans les journaux? Les auteurs tiennent pour l'affirmative. La jurisprudence est divisée, cependant on peut dire que la majorité des arrêts admettent que cette publicité est inutile, et la raison qu'ils en donnent, c'est que ces intérêts sont considérés comme une charge rentrant dans les frais généraux, qui sont affranchis de toute publicité. Mais ce n'est pas là une véritable charge; les associés, comme nous l'avons vu, ne se présentent pas comme créanciers. Il n'y a qu'une restitution de capital, et il importe que les tiers sachent que des diminutions peuvent se produire.

Nous ne voulons pas apprécier cette doctrine sujette à critique et peu conforme aux principes qui régissent les sociétés (2). Nous nous sommes contenté de la retracer à grands traits pour mieux mettre en lumière la pensée de la Cour de cassation.

En principe, la Cour ne s'écarterait pas de la jurisprudence antérieure, ces intérêts constituent bien une charge qui peuvent faire partie des frais généraux. Seulement dans l'acte qui a été rédigé par les contractants, un article, l'art. 6, contenait la clause d'attribution d'intérêts aux associés, mais dans l'art. 7 qui énumérait les frais généraux on avait omis de rappeler la clause et de la comprendre au nombre des frais généraux. Aussi il aurait suffi de faire ce rappel pour que la clause produisît son effet habituel. C'est une distinction nouvelle et il faut la reconnaître peu satisfaisante. Dès l'instant que l'on veut bien considérer ces intérêts comme des frais généraux, il importe peu qu'ils aient été ou non mentionnés dans une énumération qui n'était probable-

(1) Comp. la note précitée de M. Thaller.

(2) Voy. Boistel, n° 295. En sens contraire Thaller, *J. soc.*, 1884, p. 171, 391, 465, 570.

ment pas limitative. Il suffit de rechercher et de constater leur nature intrinsèque. C'est l'intention des parties qu'il faut examiner, les formalités doivent être écartées. Cette intention est facile à trouver, la clause est connue, elle est usitée ; les associés ont certainement entendu lui attribuer les effets qu'elle a habituellement, lui donner l'interprétation qu'elle reçoit dans la pratique, peu importe la place qu'elle occupe dans l'acte de société.

Quelle est la décision de la Cour en ce qui concerne la publicité ? Ici encore, elle ne répudie pas en principe la théorie telle qu'elle est admise depuis longtemps. Si, à ses yeux, les intérêts avaient pu être classés au nombre des frais généraux, elle aurait déclaré que, comme tels, ils étaient affranchis de toute publicité, conformément à la jurisprudence antérieure. Mais, dès l'instant qu'ils n'avaient pas le caractère d'une charge rentrant dans les frais généraux pour le motif que nous venons d'indiquer, ils étaient soumis à la publicité prescrite par les art. 56 et 57 de la loi du 24 juillet 1867, parce qu'alors de tels prélèvements ou distributions faits en l'absence de tous bénéfices ne constituent, en réalité, qu'un remboursement total ou partiel aux associés de la mise sociale qu'ils avaient versée et qui était devenue le gage des créanciers. En conséquence, la restitution de ces intérêts doit être faite entre les mains du syndic, et comme l'obligation de restituer se lie à l'obligation de verser, qu'elle a, comme cette dernière, une nature commerciale, les restitutions portent intérêt à 6 pour 100.

Obligations à prime. — Liquidation de la société. — Remboursement anticipé.

Les obligations à prime et à lots ont donné lieu, dans le courant de l'année 1900, à quelques décisions importantes sur lesquelles il convient de s'arrêter.

Le remboursement anticipé des obligations à prime a fait naître d'assez grandes difficultés. Il peut se produire dans plusieurs circonstances. On peut supposer d'abord que la Société désire rembourser ses obligations avant le terme convenu, sauf à procéder ensuite à un nouvel emprunt dans des conditions plus favorables. Il est possible aussi qu'elle soit déclarée en faillite ou

en liquidation judiciaire. Dans ce cas, elle perd le bénéfice du terme. Enfin, il arrivera que la dissolution est votée par une assemblée d'actionnaires avant le terme fixé par les statuts ou qu'il y ait cession de l'objet social, soit à l'État, soit à une autre Compagnie. C'est de cette dernière hypothèse seulement que nous voulons nous occuper.

Sans entrer dans le détail complet des faits, il suffira, pour l'intelligence de la question de droit que nous avons à examiner, de savoir que la Compagnie des chemins de fer du Rhône avait émis des obligations au taux de 325 fr. remboursables à 500 fr. en quatre-vingt-huit ans. Cette émission avait eu lieu pour prolonger son réseau jusqu'à Trévoux. Bien avant l'expiration du terme à l'arrivée duquel toutes les obligations devaient être remboursées, la Compagnie Paris Lyon Méditerranée achète la ligne de Trévoux. A la suite de ce rachat, la Compagnie des chemins de fer du Rhône entre en liquidation. Cette liquidation ne s'imposait pas nécessairement, mais elle était votée par une assemblée d'actionnaires. Le liquidateur proposait aux obligataires une somme de 12 fr. représentant la valeur de la prime actuellement acquise, ce qui portait le taux de remboursement à 337 fr. Les obligataires demandaient 500, taux nominal des obligations. La Cour de Lyon, par un arrêt qui mérite de fixer l'attention par l'étendue de ses développements, la justesse de ses conclusions, a donné gain de cause aux obligataires (1).

Les faits ainsi ramenés à leur plus grande simplicité, il est nécessaire de montrer comment la Cour de Lyon s'est écartée des décisions rendues à propos des chemins de fer des Charentes et des chemins de fer nantais (2). Un certain nombre de questions préalables ont été soulevées à ce sujet; elles n'ont, du reste, rien de particulier aux obligations à prime, elles se posent également relativement aux obligations remboursables au taux d'émission.

On a fait remarquer avec raison que, en fait, la situation des obligataires était modifiée. D'abord les bénéfices résultant de

(1) Lyon, 13 mars 1900, Dalloz, 1900. 2. 329 et la note de M. Percerou.

(2) Voy. sur les précédents, Le Courtois, *Le remboursement anticipé des obligations des compagnies de chemins de fer*, Lévy-Ullman, *Des obligations à primes et à lots*.

l'exploitation cessent; ensuite, le matériel facilement saisissable, difficile à diminuer, est remplacé par une indemnité dont il est fait une distribution. Aussi tout le monde convient que les obligataires ont du moins le droit de prendre des mesures conservatoires (art. 1180 C. civ.). Ainsi ils peuvent être compris dans une répartition de deniers, sauf à ne pas toucher immédiatement leur part. Ils s'opposeront valablement à toute répartition de l'actif entre les actionnaires, à moins qu'il ne soit démontré que ce qui resterait après cette distribution est suffisant pour les désintéresser. Autrement, il leur serait impossible de s'adresser à tous les actionnaires pour être payés aux époques voulues. Mais on leur refuse généralement le droit d'exiger le dépôt entre les mains d'un séquestre, de valeurs telles que des obligations des grandes Compagnies, destinées à leur servir de garantie, car ce serait leur concéder, en dehors de toute convention formelle, une sûreté spéciale, un véritable gage (1). Aucune précaution de ce genre n'avait été prise, et la Cour de Lyon ne manque pas de le faire observer en ces termes : « Qu'aucune mesure n'avait été prise pour sauvegarder leurs droits et qu'ils n'avaient point à attendre, pour assurer l'exécution des engagements pris envers eux, que l'actif social, transformé en une somme d'argent, soit dispersé entre les mains des actionnaires. »

Si nous laissons de côté les mesures conservatoires, d'autres questions se présentent sur lesquelles nous ne voulons pas insister, car la Cour de Lyon n'a pas à les résoudre et, en fait, elles ne pouvaient guère se présenter, mais cependant il y est fait allusion. Lorsque la Compagnie est en liquidation dans les conditions que nous venons de déterminer, les obligataires pourraient-ils, se fondant sur quelques moyens de droit, la contraindre à opérer un remboursement immédiat? On l'a admis en invoquant soit l'art. 1188, soit l'art. 1184 C. civ. Mais le premier de ces textes suppose des sûretés spéciales, telles que gage, hypothèque. Quant au second, il doit également être écarté, car il n'y a pas inexécution de la part de la Société : elle s'est engagée à rembourser et non à exploiter. A l'inverse, la Compagnie

(1) Cass. 6 janv. 1885, Sir., 1888, I, 57.

serait-elle en droit d'imposer un remboursement anticipé? On l'a prétendu, parce que l'amortissement opéré régulièrement dans les termes du contrat est incompatible avec la liquidation, état essentiellement transitoire, qui a pour objet de réaliser l'actif et d'éteindre le passif immédiatement. Mais cette considération n'est pas décisive; il n'est pas impossible d'affecter une somme déterminée au service des obligations et de charger une banque des remboursements ultérieurs. Pour le surplus, rien n'entrave les opérations de la liquidation, qui pourra se terminer promptement. A ces discussions, qui avaient été soulevées lors des précédents procès, la Cour a fait allusion en s'exprimant ainsi : « Considérant qu'en demandant à la Compagnie le remboursement immédiat de leurs obligations, les intimés n'ont point entendu lui dénier le droit d'exécuter le contrat avec le mode et le délai de remboursement prévus au contrat... Qu'au surplus il était bien évident que nul ne pouvait empêcher l'amortissement tel qu'il avait été prévu, si la Compagnie le voulait, puisque, étant solvable, elle ne pouvait être déchue du terme, mais que le liquidateur, ayant déclaré qu'il entendait procéder à un remboursement anticipé, les intimés se sont bornés, sans s'opposer en principe à ce remboursement anticipé, à demander à la Compagnie de tenir l'engagement qu'elle avait pris de leur rembourser 500 fr. par titre. » Du reste, la Cour ajoute que toute discussion sur ce point est inutile, parce qu'en fait la compagnie par des remboursements anticipés s'est mise dans l'impossibilité d'exécuter le contrat autrement que par le paiement immédiat de la somme fixée.

Dans les précédents procès, au contraire, ces questions avaient été agitées, la Cour de cassation ne semblait pas absolument hostile à l'application des art. 1184 et 1188, C. civ., mais elle admettait surtout que la société était en droit, pour les raisons indiquées, d'imposer un remboursement immédiat aux obligataires (1). Ces solutions semblent inspirées par l'analogie que l'on a cru trouver avec la faillite et la déconfiture, et cette

(1) Voy. Cass. 2 fév. 1887 et 10 mai 1887, Sir., 1888, 1, 57. — Dalloz, 1887, 1, 97 et 384.

prétendue analogie a conduit la jurisprudence à suivre les mêmes règles pour déterminer la somme qui devait être remboursée aux obligataires. Sans entrer dans le détail des opinions qui ont été émises en cas de faillite ou de liquidation judiciaire et de déconfiture, voici, en quelques mots, ce qui a été proposé. Les obligataires, en leur qualité de créanciers, se présentent à la faillite, mais on peut comprendre qu'ils y figurent pour des sommes différentes :

1° Ils sont, suivant les uns, admis pour le taux d'émission des obligations. Cette prétention des syndics n'a pas été accueillie, car il serait injuste de ne pas tenir compte de la plus-value acquise par l'obligation depuis l'émission jusqu'à la faillite.

2° La seconde interprétation, au contraire, est généralement suivie. Au taux d'émission, on pense qu'il y a lieu d'ajouter une somme représentant la plus-value acquise par l'obligation. L'obligataire a donc droit d'abord au capital prêté, devenu exigible. (1188, C. civ.; 444, C. com.) Ensuite, comme l'amortissement n'est plus possible, la plus-value acquise depuis l'émission jusqu'à la faillite est attribuée sous forme de dommages et intérêts. Mais le désaccord règne sur le procédé qu'il faut employer pour déterminer les dommages et intérêts. Sur ce point, on rencontre dans les arrêts de grandes divergences, et de nombreux modes de calculs ont été proposés. Nous ne pouvons même en donner un résumé, cela nous entraînerait trop loin, et d'ailleurs tous ces procédés paraissent aujourd'hui abandonnés, les décisions judiciaires les plus récentes se contentant d'arbitrer les dommages et intérêts d'après les circonstances de la cause et les principes de l'équité (1).

Tout en suivant cette théorie, on a essayé de l'établir sur des bases différentes. Le véritable motif de réduction se trouve dans l'art. 445, C. com., et dans l'art. 8 de la loi du 4 mai 1889. L'argument n'a donc de force que pour la faillite et la liquidation judiciaire. La prime est une rémunération du prêt, mais elle se fond avec le capital, elle fait corps avec lui. Il y a exagération à distinguer le capital d'origine, toujours fixe, invariable, et la

(1) Voy. Paris, 29 juin 1893, Dalloz, 1894. 2. 437.

prime qui s'augmente chaque jour. Il y a un capital unique, susceptible d'augmentation, et dès lors il n'y a plus à se préoccuper du capital d'émission, souvent difficile à déterminer. Mais cette augmentation va subir un arrêt imposé par la déclaration de faillite. Car si les intérêts cessent de courir, le supplément de rémunération équivalent d'intérêts futurs, qui produit l'augmentation du capital, doit s'arrêter aussi. Quant à la réduction, qui n'est, en réalité, qu'une sorte d'escompte, les tribunaux en fixent équitablement le chiffre (1).

3° Enfin on a pensé que les obligataires dont la créance devient exigible peuvent produire à la faillite pour le capital nominal. Cette opinion qui, au premier abord, paraît exagérée, s'appuie cependant sur de très bonnes raisons. Nous ne voulons pas entreprendre d'en faire la démonstration (2), puisque, dans le cas soumis à la Cour de Lyon, il n'était pas question de faillite, la société était solvable. Sans doute, si elle était admise, on déciderait *a fortiori* que, dans l'hypothèse d'une dissolution anticipée, les obligataires ont le droit de réclamer le capital nominal; mais rejetée en général, elle ne peut faire la base d'un raisonnement. Il faut donc envisager la dissolution seule, et montrer que précisément elle diffère de la faillite.

Lorsque la société est en faillite, elle a perdu le bénéfice du terme, elle doit rembourser immédiatement, et les obligataires sont obligés d'accepter un paiement anticipé. Mais comme le conflit s'élève entre les obligataires et les autres créanciers, il faut réduire la prétention des premiers à sa juste valeur, si on pense qu'étant donnée l'époque à laquelle la faillite a été déclarée, ils n'ont pas encore droit à tout le capital nominal. Il y a à tenir compte d'une part des dispositions impératives de la loi, et d'autre part de l'égalité proportionnelle qui s'impose entre tous les créanciers.

Si, au contraire, la liquidation a lieu prématurément, alors que la société est solvable, le conflit existe entre la société représentant les actionnaires et les obligataires, l'intérêt des autres

(1) Le Courtois, *op. cit.*, p. 27 à 29 et 34 à 37.

(2) Voy. pour l'exposé de cette opinion, Lévy-Ullmann, *op. cit.*, n° 234.

créanciers n'est plus en cause, tout le monde sera payé. La société est libre d'agir à son gré, elle peut, si elle le veut, rembourser dans les délais fixés par le contrat, sauf à prendre les mesures nécessaires pour assurer le service des obligations. Elle remboursera immédiatement, si elle le préfère, ou si par sa faute elle s'est mise dans l'impossibilité d'agir autrement. Les obligataires n'élèvent pas la prétention d'entraver sa liberté. Mais quel que soit le parti qu'elle choisisse, ils ne doivent pas souffrir d'une décision prise volontairement par elle. Dans un cas comme dans l'autre, elle est obligée d'exécuter intégralement ses engagements. Cette différence entre la faillite et la liquidation volontaire a été parfaitement mise en lumière par la Cour d'appel de Lyon.

En outre, la Cour écarte un argument que l'on prétendait tirer de la nature conditionnelle de la prime. On soutenait qu'elle était due seulement sous la condition que la société durerait pendant le temps fixé. Rien n'autorisait une interprétation aussi contraire à la pensée des obligataires qu'aux termes du contrat. Une clause aussi désavantageuse ne pouvait pas être sous-entendue, elle devait être exprimée formellement.

Est-il exact de dire, avec la Cour de Lyon, que si l'État usait du droit qu'il a de racheter les grandes lignes, les compagnies auraient le droit de rembourser à un taux inférieur à 500 francs? C'est un point que nous ne voulons pas examiner, il n'est pas en question, et la situation est différente (1).

Obligations à lots. — Vente à tempérament. — Pacte commissoire.

La vente des valeurs à lots soulève des difficultés de plusieurs sortes. Les unes se rattachent à l'interprétation de la loi du 22 mai 1836 sur les loteries, les autres sont nées à propos de la vente à crédit de ces valeurs.

Nous n'avons pas à nous occuper des premières qui se résolvent par l'application d'un principe assez simple. La loi spéciale qui autorise la création des obligations et qui déroge à la loi générale, permet cette émission dans des conditions déterminées.

(1) Voy. à ce sujet la note de M. Percerou.

Elle établit une proportion entre le montant du capital à débourser, le taux de remboursement, l'intérêt annuel et les chances de lots. La pensée qui domine cette loi spéciale est de favoriser certains emprunts, en y attachant l'attrait d'un gain aléatoire. Mais, en tolérant exceptionnellement cette loterie, le législateur entend conserver à l'emprunt le caractère d'un placement sérieux. L'acquéreur qui veut revendre ne peut pas plus que l'emprunteur changer les conditions de l'emprunt. Aussi, il n'est permis, sous aucune forme, de séparer les chances de gain du droit au capital et aux intérêts. Les opérations de ce genre ont été abandonnées parce que la jurisprudence les condamnait et les soumettait à la sanction pénale de la loi de 1836, quand il y avait offre faite au public de céder des valeurs à lots en leur faisant subir des transformations contraires à la loi d'autorisation. Aussi pour se mettre à l'abri des poursuites, les établissements financiers ont eu recours à un autre procédé, assez usité aujourd'hui. Ils mettent en vente des obligations à lots pour un prix déterminé, et s'obligent à les racheter pendant les cinq jours qui suivent le tirage, moyennant une légère perte, 2 francs, par exemple, subie par l'acheteur. L'analyse de l'opération est facile : il y a une vente pure et simple, avec promesse d'acheter. Si l'acheteur use du droit de revente que lui concède le contrat, il se produit une seconde vente distincte de la première. La loi d'autorisation est respectée, car le vendeur n'offre pas au public un *aléa* différent de celui qui est permis par cette loi.

Mais fréquemment la cession se produit sous forme de vente à crédit qui prend particulièrement le nom de vente à tempérament, ce qui veut dire qu'après un premier paiement fait comptant, le reste du prix est payé par fractions échelonnées, par exemple, de mois en mois. A raison de ces facilités de paiements, le prix est habituellement majoré, le titre est vendu plus cher qu'au cours de la Bourse. En outre, il est souvent dit que le vendeur conservera la valeur vendue comme garantie jusqu'à parfait paiement. C'est de cette clause que nous allons avoir à nous occuper. Nous aurons à voir dans quelle mesure elle est conciliable avec l'art. 2078 du Code civil. Ces sortes de ventes présentent de grands dangers, car on sait que les acheteurs,

presque toujours inexpérimentés, se laissent entraîner, moins par le désir de faire un placement sérieux, que par l'espoir de voir leur titre sortir au tirage. Le vendeur profite de cet état d'esprit pour insérer dans le contrat une série de clauses très onéreuses et très dangereuses pour l'acheteur. Aussi, le législateur a cru devoir intervenir, par une loi du 12 mars 1900, pour accorder aux acheteurs une protection réclamée depuis longtemps. Il n'entre pas dans notre pensée de commenter cette loi à propos d'un arrêt qui tranche une question dont le législateur ne s'est pas préoccupé directement. Nous verrons cependant qu'implicitement, la loi suppose valable la clause à laquelle nous avons fait allusion tout à l'heure.

La loi s'applique aux valeurs cotées à la Bourse de Paris. Elle ne comprend pas les opérations au comptant, les ordres de Bourse, en général, qui ne présentent pas les inconvénients que l'on rencontre dans les ventes à crédit. Au nombre des précautions prises pour garantir les intérêts de l'acheteur, telles que la nécessité de constater le contrat par acte sous-seing privé dressé en double original, la mention des cours cotés à la Bourse, l'indication du prix de vente et des frais, ainsi que celle du numéro des titres vendus et du taux de l'intérêt, la faculté de fractionner le prix, pendant deux ans seulement; nous signalerons particulièrement l'obligation, pour le vendeur, de conserver le titre vendu. Il ne peut ni s'en dessaisir ni le mettre en gage. Il doit le représenter à toute réquisition de l'acheteur. Toute stipulation contraire est nulle. Le législateur prohibe une clause fréquemment introduite dans ces sortes de ventes, aux termes de laquelle le vendeur se réservait le droit sous sa responsabilité de gager le titre vendu en mains tierces, afin d'obtenir des avances de fonds. Cette convention compromettait gravement les intérêts de l'acheteur quand le vendeur devenait insolvable, le créancier gagiste gardait le titre. Néanmoins, elle était reconnue valable (1). Mais il résulte de ce texte que le vendeur a le droit de conserver le titre. On doit donc toujours maintenir la clause devenue de style et par laquelle il est dit « que si les mensualités ne sont pas payées,

(1) Cass. 14 mars 1894, Sir., 1894, I, 393.

l'acheteur sera mis en demeure, par simple lettre recommandée, d'effectuer son versement en retard dans un délai de cinq jours, ou de prendre livraison de son titre contre paiement de la somme restant due conformément aux conventions; faute de quoi, son compte serait crédité de la valeur de ladite obligation d'après le cours moyen de la Bourse de Paris. Le solde débiteur du créditeur de ce compte sera exigible de suite, et avant toute réalisation conformément à la loi, de l'obligation faisant l'objet des présentes conventions ». Nous avons reproduit, comme exemple, la clause légitime soumise à la Cour de cassation.

Il paraît que cette clause est destinée à accorder au vendeur plus qu'un simple droit de rétention. Le vendeur à terme perd le droit de rétention, mais une convention formelle pourrait le lui restituer. La clause a plus de portée : elle lui permet de disposer du titre laissé entre ses mains, si l'acheteur n'acquitte pas régulièrement les dettes dont il s'est chargé. Insérée dans les termes que nous avons vus, elle peut être interprétée de deux manières : soit comme une convention de gage, soit comme une clause de résolution. Envisageons-la sous ces deux aspects.

C'est au premier point de vue que s'est placée la Cour de cassation dans l'arrêt que nous allons examiner (1). Elle a considéré que le vendeur devenu créancier-gagiste, en liquidant immédiatement le compte de l'acheteur et en le créditant de la valeur de l'obligation d'après le cours de la Bourse, avait disposé du gage, sans observer les formalités prescrites par l'art. 2078, C. civ. Sans doute, la clause portait que la réalisation aurait lieu conformément à la loi. Mais, précisément, c'est ce qui ne s'était pas produit. Pour que la loi fût respectée, il aurait fallu que la vente fût faite suivant les règles contenues dans l'art. 2078, C. civ., et le prix de vente aurait ensuite servi de base à la liquidation du compte. Cette liquidation ne devait pas reposer sur la valeur du titre estimée d'après le cours de la Bourse. C'est donc avec raison, suivant nous, que la Cour de cassation a pu dire, après le tribunal civil de Rouen, que le vendeur avait employé un moyen détourné pour éluder l'art. 2078, C. civ. Malgré les quelques

(1) Cass. 30 avr. 1900, Sir., 1900, I, 345.

mots qu'elle contient, la clause ne semble pas se prêter à la première interprétation. Mais voyons si elle ne peut pas être envisagée comme une condition résolutoire expresse.

Le jugement et l'arrêt ne se sont pas préoccupés de ce second point de vue, et cependant il ne paraît pas négligeable : la condition résolutoire est sous-entendue dans les contrats au moins synallagmatiques contre celui des contractants qui n'a pas exécuté. Mais elle peut être expresse, et il est permis de convenir que la résolution aura lieu de plein droit et même sans sommation. Dans l'espèce, il y avait une mise en demeure. La vente résolue, le vendeur peut disposer du titre. La résolution a lieu, avec dommages et intérêts, le chiffre en est fixé par une clause pénale, seulement il ne l'est pas à une somme invariable. On prend pour base le cours de la Bourse à un jour déterminé, c'est d'après ce cours que sera calculé le compte de l'acheteur, qui sera suivant l'époque à laquelle l'inexécution s'est produite et le prix de vente, créancier ou débiteur.

Que peut-on objecter à cette théorie? On a dit d'abord que la vente n'était pas résiliée, la preuve c'est que le vendeur faisait à l'acheteur l'offre de son obligation du Crédit foncier. Et la vente n'étant pas résiliée, il ne saurait être question de liquider le compte de l'acheteur, car la liquidation suppose nécessairement la revente du titre par le vendeur (1). Cette objection ne nous paraît pas décisive. La résolution est soumise à une double condition. L'acheteur a deux moyens pour l'éviter : ou payer régulièrement ses mensualités; ou, s'il le préfère, prendre immédiatement livraison du titre en payant ce qui reste dû. S'il n'accomplit pas l'une ou l'autre de ces obligations, alors la résolution a lieu de plein droit après sommation.

Cependant on insiste et on dit : Si la résolution a lieu, comment expliquer que ce soit au nom et aux frais de l'acheteur que son obligation soit revendue, que le prix de la vente soit porté au crédit de son compte, que le solde de ce compte lui soit versé? Il n'est pas dit dans la clause que la revente sera faite au nom de l'acheteur. Le vendeur revend en son nom, et c'est le prix et

(1) Voy. *La France judiciaire*, année 1898, I, p. 181.

l'époque de la vente qui indiquent, comme nous l'avons dit, si l'acheteur est créancier ou débiteur. Puisque la clause est susceptible de produire effet si on lui donne ce sens, qu'ainsi envisagée elle n'est pas illicite, il est naturel de l'entendre de cette façon.

Nous trouvons des analogies et un rapprochement est possible. Lorsqu'une société insère dans ses statuts une clause portant qu'après mise en demeure, elle pourra vendre les titres des actionnaires qui ne répondent pas aux appels de versements, cette convention est généralement considérée comme une résolution du contrat. La société revend le titre, et elle doit le faire pour que toutes les actions soient souscrites, mais elle conserve une action personnelle contre l'actionnaire, si la vente ne lui procure pas une indemnité suffisante. La même théorie est étendue aux obligataires. La même idée est applicable ici. Si l'acheteur n'accomplit pas l'une ou l'autre de ses obligations, la revente a lieu à ses risques et périls, suivant un cours déterminé. Si les contractants avaient soin de s'expliquer clairement, ils éviteraient les interprétations défavorables et, probablement, les tribunaux valideraient la convention.

§ 2. — Lettre de change.

Lettre de change. — Acceptation par acte séparé. — Donneur d'ordre. — Compétence.

Les lettres de change tirées pour compte d'autrui font naître des questions dont la solution présente souvent des difficultés. Le tireur pour compte agissant comme un commissionnaire se présente au public, c'est lui qui souscrit le titre et c'est à lui, ainsi qu'aux endosseurs, que s'adressera le porteur non payé. Le donneur d'ordre n'apparaît pas, il ne traite pas avec le preneur et les cessionnaires, il entre seulement en rapport avec le tiré et le tireur pour compte, auquel il donne mandat de payer le titre et de le souscrire. Le double mandat doit produire, non des obligations de change, mais des obligations de droit commun.

Dans l'espèce que nous avons à examiner, nous trouvons des solutions différentes : l'une donnée par le tribunal de commerce

de la Seine, l'autre par la Cour d'appel de Paris (1). Avant de rechercher quelle est, de ces deux solutions, la plus conforme au droit, il est bon de mettre brièvement les faits sous les yeux du lecteur.

Un débiteur, pour une cause qui ne paraît pas commerciale, autorise par lettre son créancier à faire souscrire par un tiers une lettre de change sur lui. La traite est souscrite et n'est pas payée. Elle est remise au créancier donneur d'ordre, sans cependant lui être régulièrement endossée. Le donneur d'ordre qui avait fourni provision, comme il le devait, poursuit son débiteur devant la juridiction commerciale, qui se déclare incompétente. La Cour de Paris infirme le jugement attaqué parce que le tribunal s'est déclaré incompétent. Il nous semble que la préférence doit être accordée au jugement du tribunal de la Seine, mais que ce tribunal n'a pas suffisamment motivé sa décision. De ces faits sommairement exposés résultent deux questions : Par la lettre envoyée au créancier pour l'autoriser à faire tirer une traite sur lui, le débiteur est-il obligé commercialement? Quelle est la nature de l'action que le donneur d'ordre peut exercer contre le tiré qui n'a pas payé et qui, cependant, était muni d'une provision?

I. Présentée sous sa forme théorique, la première question peut être ainsi formulée : le tiré peut-il accepter la lettre de change par acte séparé? Tout le monde sait que l'acceptation doit être écrite, mais on discute sur le point de savoir s'il est possible de la faire par acte séparé. Non qu'une semblable promesse n'oblige pas, mais oblige-t-elle le tiré comme on l'est par une lettre de change, et notamment fait-elle naître à sa charge une obligation commerciale? Nous ne voulons pas discuter cette question bien connue. Dans la doctrine, les uns pensent que l'acceptation par acte séparé ne doit pas produire cet effet, et ils invoquent à l'appui de leur opinion de très sérieux arguments (2). La jurisprudence incline vers l'opinion contraire, et des auteurs, tout en écartant cette manière de voir, estiment cependant qu'elle

(1) Paris, 29 nov. 1899, Dalloz, 1900. 2. 396.
(2) Lyon-Caen et Renault, *Tr. de Dr. comm.*, t. IV, n° 213.

peut très bien se justifier, car elle n'est pas dépourvue de bonnes raisons (1). Admettons donc comme fondée l'opinion de la jurisprudence sans pénétrer dans la discussion.

Cependant, même avec ce point de départ, un doute se présente à l'esprit et une distinction s'impose. Quand l'engagement est pris par le tiré vis-à-vis du porteur, il constitue une acceptation véritable, qu'il soit formulé sur le titre ou même par acte séparé, par exemple dans une lettre, si on adopte l'opinion de la jurisprudence. Sans doute, dans cette hypothèse, on pourrait comprendre qu'il y eût, de la part du tiré, non une acceptation véritable, mais une promesse d'acceptation, en tenant compte des expressions employées, et quand il s'est engagé par acte séparé. Mais si, dans une lettre de change ordinaire, le tiré s'oblige vis-à-vis du tireur à accepter le titre, il n'y a pas d'acceptation, mais une promesse d'acceptation, qui produit une obligation de droit commun, et qui donnera lieu à des dommages et intérêts en cas d'inexécution. Cette promesse lie le tiré envers le tireur, mais ne l'oblige pas envers le porteur, vis-à-vis *duquel* il ne sera engagé que par une acceptation régulière (2).

Il en est de même de l'obligation contractée par le tiré envers le donneur d'ordre; elle constitue seulement une promesse d'acceptation, mais le tiré n'a pas accédé au contrat de change. De cette promesse, il ne peut résulter à sa charge une obligation de change, mais une obligation de droit commun. Aussi, suivant nous, la Cour s'exprime inexactement quand elle dit : « Que l'acceptation de M. sur la traite même n'était pas nécessaire, puisqu'il en avait, par avance, autorisé l'émission. »

II. La traite impayée et protestée se trouve entre les mains du donneur d'ordre qui a fourni provision. On ne peut donc pas lui refuser le droit de demander compte au tiré de sa manière d'agir; mais devant quel tribunal doit-il le poursuivre, quelle est la nature de son droit? Cette traite n'a pas été transmise au donneur d'ordre par un endossement. Quelques difficultés ont été soulevées, lorsqu'une lettre de change est endossée à l'un des

(1) Thaller, *Cours élément. de Dr. comm.*, 2e édit., n° 1439.
(2) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 199.

co-obligés, accepteur, tireur, endosseur. Il ne saurait en être question ici, puisque le donneur d'ordre n'est pas au nombre des co-obligés. Nous négligerons donc toute explication sur ce point; le donneur d'ordre aurait pu être cessionnaire du titre. Mais, enfin, il ne l'avait pas été, et la Cour, à ce sujet, s'exprime ainsi : « L'endossement à son profit étant suppléé par la production de la traite d'où résultait le mandat. » Quelle est la valeur de cette affirmation? C'est ce qu'il s'agit d'examiner. Supposons, pour un instant, que l'endossement ait eu lieu au profit du donneur d'ordre, pourrait-il traduire le tiré devant la juridiction commerciale? Oui, si celui-ci avait accepté, mais nous venons de montrer qu'il n'en était pas ainsi et que l'autorisation de souscrire une traite sur lui constituait une promesse d'acceptation et non une acceptation dans le sens exact du mot. En quelle qualité le donneur d'ordre devenu porteur aurait-il pu agir? On sait que, dans la doctrine admise par la jurisprudence, le porteur est, en vertu d'une cession implicite de créance, d'une cession des droits du tireur contre le tiré, propriétaire de la provision, et que cette cession l'autorise à poursuivre un tiré qui n'aurait pas accepté. Mais cette action, à la différence de celle qui existe quand il y a acceptation, n'est pas nécessairement commerciale; elle emprunte la nature de la créance qui la motive (1). Si donc l'endossement avait eu lieu, étant donnée l'absence d'acceptation, la juridiction commerciale ne se justifiait pas, puisque la créance qui formait la provision était civile.

Mais l'endossement n'ayant pas eu lieu, que restait-il au donneur d'ordre? Il lui reste une action dérivant du mandat qu'il a donné au tiré de payer la lettre de change. Non seulement il lui a donné mandat, mais il lui a fourni les moyens de l'exécuter. Il a donc contre le tiré une action *mandati directa*. Cette action n'a pas sa source dans la lettre de change. Il est reconnu qu'elle est prescriptible seulement par trente ans, et il ne paraît pas qu'elle soit nécessairement plus commerciale que l'action exercée contre le tireur par le tiré qui a payé à découvert (2). Ce n'est pas à

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 188.
(2) Voy. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 391.

dire qu'un mandat ne puisse pas être commercial, mais cette commercialité est imprimée surtout, à l'obligation du mandant, en vertu de la théorie de l'accessoire (1).

§ 3. — Liquidation judiciaire.

Demande en liquidation judiciaire. — Délai de rigueur. — Pouvoirs des juges.

La question sur laquelle nous voulons porter notre attention en terminant notre examen doctrinal n'est assurément pas nouvelle en jurisprudence, et nous n'aurions pas songé à nous y arrêter, si elle ne venait pas de recevoir tout récemment de la Cour de cassation une solution contraire à celle qui lui était généralement donnée par les arrêts des Cours d'appel, et nous pouvons ajouter par la majorité des auteurs (2). Sauf erreur de notre part, c'est la première fois que la Cour de cassation se prononce sur cette difficulté.

On sait qu'aux termes de l'art. 2 de la loi du 4 mars 1889, le débiteur doit former sa requête en liquidation judiciaire dans les quinze jours de la cessation de ses paiements. Ce délai est-il de rigueur et le tribunal pourrait-il encore concéder le bénéfice de la liquidation judiciaire si la demande était formée plus de quinze jours après la cessation des paiements? Cette question se lie à une autre que nous examinerons tout de suite, parce qu'il sera nécessaire d'y faire allusion. On peut la formuler ainsi : lorsque la requête a été présentée dans le délai de quinzaine imparti par la loi, le débiteur qui ne se trouve dans aucun des cas prévus par l'art. 19, c'est-à-dire qui n'a pas même commis une fraude quelconque, doit-il obtenir la liquidation judiciaire, ou le tribunal, investi d'un pouvoir d'appréciation, peut-il la lui refuser? Disons immédiatement que, suivant l'opinion générale, le tribunal doit la lui accorder. Revenons donc à la première question et voyons si l'expiration du délai de quinzaine est fatale.

La Cour de cassation, rejetant un pourvoi formé contre un

(1) Voy. Rouen, 12 août 1896, Sir., 1897. 2. 48; Comp. 1898. 4. 28 et 31.

(2) Nous verrons cependant que les arrêts sont loin d'être unanimes, ils sont plutôt partagés.

arrêt de la Cour d'appel de Caen, pense qu'il en est ainsi (1). Nous avons toujours cru, et nous persistons à croire, que cette solution est très exacte et très conforme à la pensée du législateur de 1889. Il est inutile d'insister longuement pour la justifier, les motifs en sont connus et présentés avec une grande abondance de détails par la Cour de Caen et la Cour de cassation. Ce qui nous paraît particulièrement décisif en cette matière, c'est l'esprit général qui a inspiré la loi de 1889. Deux pensées principales ont dominé le législateur : Soustraire le débiteur de bonne foi, à l'abri de tout reproche, aux conséquences rigoureuses de la faillite. Eviter autant que possible les résultats d'une déclaration tardive de cessation de paiements. Tout le monde sait que pour s'épargner les rigueurs de la faillite, le débiteur s'efforçait de dissimuler sa situation. Il la soutenait au moyen d'expédients plus ou moins avouables, et dans tous les cas désastreux. Quand les ressources étaient épuisées, et qu'il n'était plus possible de cacher sa situation, le mal était fait et la ruine des créanciers irrémédiablement consommée. Le législateur a dit au débiteur : Avouez franchement et promptement votre position, votre cessation de paiements; si vous ne tardez pas, vous aurez l'avantage d'une liquidation moins dure que la faillite. Cette idée a été reproduite à maintes reprises dans les travaux préparatoires; il semble qu'elle soit la base même de la liquidation judiciaire, la condition sous laquelle elle est concédée.

Bien plus, des discussions se sont élevées, quand il s'est agi de fixer au débiteur un délai dans lequel il devait présenter sa requête. On a proposé 10 jours, puis 20, et enfin le délai a été ramené à 15 jours. A quoi bon toutes ces hésitations, si la liquidation est encore possible après l'expiration du délai? Peut-être dira-t-on que la différence est grande pour le débiteur; dans les 15 jours, la liquidation judiciaire est un droit pour lui; après les 15 jours, ce n'est plus qu'une faveur que les tribunaux peuvent accorder. C'est la distinction qui résulterait de la deuxième question énoncée plus haut. Mais il n'y a été fait aucune allusion dans la discussion soulevée au sujet du délai

(1) Cass. 10 juill. 1900, Dalloz, 1900, I, 470; Sirey, 1900, I, 397.

(amendement Barré); bien mieux, il a été dit qu'une fois le délai écoulé, le commerçant serait nécessairement failli. C'est en prévision de cette rigoureuse conséquence, qui n'a été critiquée par personne, que l'auteur de l'amendement proposait un délai de 20 jours, qui a été réduit à 15 par la commission. Du reste, la réponse reposerait sur une distinction contestée, car il n'est pas impossible que, même dans le délai, le tribunal ait un pouvoir d'appréciation. Mais c'est un point que nous réservons, nous allons y revenir.

On a objecté que cette interprétation était très dure pour le débiteur, parce que l'époque de la cessation des paiements est difficile à déterminer, et que le commerçant peut facilement commettre une erreur. L'objection ne porterait pas s'il est démontré par les raisons que nous avons rappelées que la sévérité du législateur a été voulue. Nous ne nions pas, du reste, que les faits ont pu exercer sur les juges une certaine influence. C'est ainsi que, dans un arrêt de la Cour de Toulouse, souvent cité (1), contraire à l'arrêt que nous étudions, la Cour reconnaît que la cessation des paiements n'était pas très caractérisée. Mais il n'en est pas de même dans l'espèce actuelle, où le débiteur ne disconvient pas que sa demande n'a pas été présentée dans les quinze jours de la cessation des paiements. C'est donc une question de pur droit qu'il soulève, et la solution de la Cour de Caen et de la Cour de cassation paraît bien conforme à l'esprit de la loi de 1889. Les faits n'étaient pas douteux, non plus dans l'arrêt rendu par la Cour de Pau, le 29 nov. 1894 (2).

Nous n'ignorons pas que l'on a fait valoir contre cette opinion un texte qui, au premier abord, paraît embarrassant. Nous voulons parler de l'argument tiré de l'art. 19. Si, après la concession de la liquidation, le tribunal n'est pas obligé de la convertir en faillite, quand il découvre ultérieurement que la demande n'a pas été présentée dans les quinze jours, pourquoi n'aurait-il pas, au début, le droit de ne pas prononcer la faillite? Il y a longtemps que M. l'avocat général Rau a répondu à cette objection (3).

(1) Toulouse, 26 juin 1893, Sir., 1893. 2. 176.
(2) Sir., 1895. 2. 48.
(3) Sir., 1892. 2. 141.

Il y a, pour le débiteur, un bénéfice acquis dont on ne doit pas le priver trop facilement. Si le tribunal a commis une erreur sur l'époque de la cessation des paiements, elle est très excusable de la part du débiteur. La Cour de cassation n'a pas manqué de relever la différence.

Nous arrivons à la seconde question, que nous avons seulement posée, parce que nous devions y faire allusion en passant, mais sur laquelle nous allons nous expliquer, parce que la Cour de Bordeaux a rendu à ce sujet un très intéressant arrêt (1) qui vient compléter la théorie. Lorsque la requête est présentée dans les 15 jours de la cessation des paiements, le tribunal doit-il nécessairement accorder la liquidation judiciaire, ou est-il, même dans ce cas, investi d'un pouvoir d'appréciation? L'opinion générale, au moins en doctrine, est que, dans cette hypothèse, la liquidation judiciaire est un droit pour le commerçant, le tribunal ne peut pas la lui refuser. Mais il faut apporter un correctif à cette décision, et ici encore il faut l'aller chercher dans l'art. 19. Si le débiteur se trouve dans l'un des cas prévus par ce texte, qui donne une assez longue énumération et qui, en dernier lieu, vise une fraude quelconque commise par le commerçant, alors le tribunal peut ou doit, suivant les distinctions, prononcer la faillite. Mais en dehors des cas prévus, il est obligé de concéder la liquidation judiciaire. Le texte, dit-on, est favorable à cette interprétation. Aux termes de l'art. I, le commerçant peut obtenir le bénéfice de la liquidation judiciaire lorsqu'il s'est conformé à la loi. Ce n'est pas au tribunal que le législateur donne un pouvoir, mais au commerçant. Pouvoir une chose, c'est être en droit de la réclamer. La pensée qui a dicté la loi conduit aussi à cette solution, car si le débiteur est sûr d'obtenir la liquidation judiciaire, exempt qu'il est de toute fraude, il n'hésitera pas à déposer son bilan, cette certitude est un encouragement à bien faire.

Il faut, du reste, faire une remarque importante pour combiner les deux questions. Si on admet, contrairement à l'arrêt de la Cour de cassation que nous venons d'expliquer, que le débi-

(1) Bordeaux, 17 juill. 1899. Sir., 1900. 2. 234.

teur est encore en mesure d'obtenir la liquidation judiciaire, même quand il n'a pas déposé son bilan dans les quinze jours de la cessation des paiements, il faut nécessairement dire que s'il agit régulièrement, c'est un droit pour lui de l'obtenir, et qu'après les délais légaux, ce ne sera plus qu'une liquidation de faveur. Autrement, comme l'a justement fait remarquer M. Thaller, la loi dirait au commerçant : « Déposez votre bilan dans les quinze jours, déposez-le plus tard, cela reviendra absolument au même (1) ». Si on pense, au contraire, avec la Cour de cassation, que la demande tardivement formée entraîne forcément le rejet de la liquidation judiciaire, alors on peut prétendre qu'introduite dans le délai légal elle constitue un droit pour le débiteur ou une faculté pour le tribunal, qui reste libre.

L'arrêt de la Cour de Bordeaux, quoiqu'insuffisamment motivé en droit et procédant un peu trop par affirmations, n'en est pas moins intéressant, parce qu'il intervient précisément dans le cas le plus délicat. La Cour admet d'abord que la liquidation judiciaire peut être refusée, même si la requête a été présentée dans le délai réglementaire. C'est la théorie contraire à celle que nous venons d'exposer. Pour elle, la liquidation judiciaire n'est pas un droit mais une faveur. Mais ce qu'il y a de particulier, c'est que l'arrêt relève cette circonstance, que l'on ne se trouvait dans aucun des cas prévus par l'art. 19. Aucune fraude précise n'était mise à la charge du débiteur. Mais cela n'est pas nécessaire, dit l'arrêt, le tribunal n'en a pas moins un pouvoir d'appréciation, dès l'instant que dans l'ensemble la situation lui paraît suspecte. La prétention est donc nettement formulée et en contradiction formelle avec l'opinion que nous avons rappelée. Ce qui paraissait suspect à la Cour, c'est que le commerçant avait, pendant deux ans, fait des affaires pour un chiffre de plus de 400,000 francs, sans difficultés et sans embarras, dans des conditions normales; que des bénéfices devaient en résulter; mais qu'au contraire il en surgissait une dette de 24,500 francs. Sans doute, il avait quelques dettes personnelles, mais cela même devait l'engager à être prudent. Aucune fraude précise ne lui est donc imputable, mais

(1) Thaller, 2e édit., n° 1735; Lyon-Caen et Renault, n° 1023.

d'une manière générale sa manière d'agir ne semble pas correcte.

L'arrêt, nous l'avons dit, n'est pas suffisamment motivé en droit, la Cour ne devait pas se borner à affirmer que, même dans cette hypothèse, la liquidation judiciaire est une faveur et non un droit, car elle se met en opposition avec une opinion qui, nous l'avons vu, s'appuie sur de sérieuses raisons. Pourtant, elle pouvait invoquer en sa faveur des considérations qui ne sont pas dépourvues de valeur.

Son opinion, combinée avec celle de la Cour de cassation sur la précédente question, donne de la loi de 1889 une interprétation assez nette. Les art. 1 et 2 tracent aux magistrats les règles qu'ils ont à suivre quand la requête est présentée sans qu'il soit nécessaire de les compléter par l'art. 19. C'est de ce dernier texte, au contraire, qu'ils s'inspirent quand la liquidation judiciaire a été accordée. Alors, suivant les circonstances, ils peuvent ou doivent la convertir en faillite. Chaque hypothèse est régie par des textes différents. Le législateur s'est montré plus large quand la liquidation judiciaire a été concédée. Elle peut être maintenue même si on s'aperçoit plus tard que la demande n'a pas été formée dans les quinze jours. Elle ne doit être convertie en faillite que si l'on découvre une fraude quelconque caractérisant, une situation simplement suspecte ne suffit pas. Ce qui a été accordé ne doit pas facilement être retiré.

Est-ce vraiment contraire à l'esprit de la loi? On a répété bien souvent que c'est en faveur du débiteur malheureux et de bonne foi que la liquidation judiciaire avait été introduite, ce qui suppose un débiteur à l'abri de tout soupçon.

Quant aux travaux préparatoires, il est permis de se demander si l'opinion contraire n'en fait pas trop bon marché. On sait qu'un député se préoccupait du point de savoir si le tribunal serait obligé de prononcer la liquidation judiciaire. A cette question, le rapporteur répondit d'abord : que le tribunal avait sa pleine liberté d'appréciation et que, précisément, la commission avait mis le mot *peut* et non le mot *doit*. Ensuite, que l'obligation pour le tribunal d'appeler le débiteur en chambre du conseil, avait pour objet de lui permettre d'acquérir une parfaite connaissance de la cause et de ne pas laisser supposer qu'il était obligé,

sur la simple déclaration du débiteur, de rendre une décision conforme. Enfin, comme son collègue insistait et lui demandait : si, alors même qu'aucune fraude ne serait établie, c'est-à-dire si on ne se trouvait pas dans le cas de l'art. 19, le tribunal cependant, s'il trouvait la situation *suspecte*, aurait le droit, dans sa pleine indépendance, de dire : « Je ne peux pas préciser la fraude, mais je refuse la liquidation judiciaire », le rapporteur répondit : « Il est absolument maître de sa décision (1). » C'est le commentaire très clair du cas soumis à la Cour de Bordeaux, et la volonté très nette de séparer la concession de la liquidation judiciaire de la conversion en faillite prévue par l'art. 19.

Nous ne serions pas étonné de voir la jurisprudence, après quelques hésitations, se fixer définitivement dans le sens des opinions exprimées par la Cour de cassation et la Cour de Bordeaux, et on ne saurait lui faire un reproche d'adopter une interprétation de la loi de 1889, si conforme aux idées qui ont été exposées dans les discussions.

ESSAI D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE DE LA SUBROGATION RÉELLE (*Suite*) (2).

Par M. Demogue, docteur en droit, Chargé de conférences à la Faculté de Droit de Paris.

III.

Nous avons jusqu'ici traité la question de la subrogation réelle en faisant à peu près abstraction du droit positif. Notre effort a tendu à dégager les bases rationnelles de cette institution, à montrer les intérêts très légitimes, les besoins très réels de la pratique qui se font jour lorsque dans un procès on prétend qu'il y a subrogation réelle, toutes choses que l'on distingue mal lorsqu'on ramène tout aux vieux adages : *subrogatum capit naturam subrogati, in judiciis universalibus res succedit in locum pretii et*

(1) Voy. *Journ. officiel*, Chambre des députés, p. 2201 ; *Lois nouvelles*, 1889, I, p. 204 et suiv.

(2) Voir n° 4, avril 1901.

pretium in locum rei. Notre but était de montrer comment cette subrogation qu'on répète toujours être de droit étroit répond à des aspirations très légitimes vers la stabilité des droits et à l'équité la plus élémentaire, comment, à notre époque surtout, avec un milieu économique très variable, elle s'imposait rationnellement dans un certain nombre de cas que nous avons déterminés.

Rapprochons cette théorie du droit positif et tout d'abord de l'ancien droit.

Elle nous fait d'abord comprendre l'anarchie doctrinale que nous avons remarquée. La subrogation réelle se présentait alors très fréquemment à propos d'une institution importante, aujourd'hui disparue : à propos des propres de succession ; au sujet des biens acquis par les ancêtres du *de cujus*, biens qui étaient dévolus suivant des principes spéciaux, notamment d'après la règle *paterna paternis, materna maternis.* On se demandait dans quelle mesure les biens acquis au moyen de ces propres constituaient eux aussi des propres. C'est à ce propos que les auteurs parlent toujours de notre sujet. Renusson, qui a cependant un traité de la subrogation, n'y étudie presque que la subrogation personnelle, renvoyant au « Traité des propres » pour la subrogation réelle.

Cette question des propres de succession était voisine d'une autre que nous avons examinée plus haut et qui celle-là a subsisté sous l'empire du Code civil : je veux dire le droit de retour de l'ascendant donateur. Rationnellement, la même difficulté se présentait sur ces deux points. Selon que l'on considérait les règles sur le droit de retour et sur les propres comme ayant en vue de sauvegarder l'intérêt pécuniaire des héritiers, ou comme se justifiant par l'affection de ceux-ci pour certains biens, il fallait admettre la subrogation ou la rejeter. Il fallait dire selon le point de vue adopté que les héritiers aux propres reprendraient non seulement les biens réellement possédés par les ancêtres du *de cujus*, mais aussi leur valeur sous quelque forme qu'elle se présentât dans la succession, ou bien dire que ces biens seuls qui constituaient vraiment des biens de famille leur reviendaient. En face de ces deux conceptions de la succession aux propres qui paraissent pas avoir été nettement dégagées, les anciens auteurs

louvoyèrent. Ils ne trouvaient pas dans les faits ce point d'appui qui est presque toujours nécessaire en droit pour pouvoir édifier une théorie solide. D'où des controverses sans fin, des distinctions suivant les contrats qui opéraient mutation, des systèmes admis un moment auxquels leurs propres auteurs étaient infidèles. Les coutumes ne donnaient que des indications incomplètes. On fit comme toujours appel au droit romain, on en fit sortir des règles qui n'y étaient pas. Ce fut la confusion et l'incertitude dans tous les cas possibles de subrogation.

Au milieu de ce désarroi, on peut cependant voir poindre une tendance vers le système que nous avons exposé. Il n'est pas rare, en effet, que le droit s'oriente de lui-même par un obscur sentiment des besoins sociaux vers un système donné dont il n'a pas encore pris conscience (1). Nous en trouvons tout d'abord un exemple en ce qui concerne la subrogation dans la qualité de propre de communauté. Cette subrogation était admise au cas d'échange ou de remploi par tous les auteurs (2). Et cela, chose importante, même dans les coutumes muettes, « tellement, dit Renusson, cela a paru raisonnable (3) ». De même en ce qui concerne la qualité de dotal, on admet la subrogation par échange ou autrement, sauf une restriction que nous retrouverons plus loin en droit moderne et qui part d'une autre idée (4). Enfin on avait admis la subrogation en matière de substitution lorsque les biens grevés avaient été vendus (5).

A côté de ces décisions particulières, il faut encore rappeler l'opinion de Lebrun que nous avons déjà citée, opinion très voisine de la nôtre. Il exigeait simplement pour déclarer la subrogation qu'il y eût quelque justice à l'admettre, que la qualité pût passer d'un bien sur un autre et que la chose nouvelle fût

(1) C'est ce que nous avons déjà vu précédemment à propos des fictions.

(2) C'était l'opinion de Merlin qui était cependant très hostile à la subrogation. V. Repr. v° Subrogation de chose. Sect. II, C. Lebrun. *De la communauté*, livre I, chap. V, n°s 9 et suiv.

(3) *Traité de propre*, chap. I, sect. X, n° 4.

(4) V. Louet, II, p. 405, qui cite un arrêt du Parlement de Provence du 22 mars 1652.

(5) V. dans Louët, II, lett. S, p. 624, un arrêt en ce sens du Parlement de Dijon. C'était aussi l'opinion de Merlin, *loc. cit.*

susceptible des mêmes qualités que l'ancienne. Et comme cas où la subrogation n'offre pas de justice, il cite précisément tous ceux où la qualité suit l'immeuble entre les mains des tiers (1). C'est ce que nous avons admis. Nous nous sommes simplement efforcé de préciser les cas dans lesquels l'équité imposait la subrogation, mais le système que nous avons émis est simplement le développement de celui de Lebrun. Comme conséquence de son système, Lebrun, comme tous les auteurs de l'ancien droit, admet que la qualité de fief ou de censive ne se transfère pas par subrogation. Il déclare, et les auteurs de théories toutes différentes l'ont fait comme lui, que les coutumes admettant le contraire, comme celles de Maine et d'Anjou, ne doivent pas être étendues. Il se refuse à proclamer en droit commun coutumier la règle de ces coutumes, d'après laquelle les biens acquis en échange d'un fief devaient être traités comme fiefs dans la succession de l'aliénateur. En cela, d'ailleurs, il fut d'accord avec les autres jurisconsultes de son temps qui tous voulaient limiter cette subrogation admise, en dehors de toute raison juridique, dans des visées aristocratiques. Tous sentaient plus ou moins obscurément qu'une qualité ne peut ainsi se transférer par subrogation lorsqu'elle vise l'immeuble même à raison de ses qualités propres, d'un devoir social (dans l'espèce devoir de protection envers les rotures) que par l'intermédiaire de son propriétaire il doit remplir. On le sentait bien encore, quoique la féodalité fût devenue presque uniquement civile : si le bien noble est soumis à des règles spéciales, si dans sa dévolution certains héritiers sont favorisés, c'est pour permettre au seigneur de tenir son rôle de défenseur de toute la contrée. Et ces règles n'ont plus de raison d'être au jour où le seigneur vend son fief.

Si de l'ancien droit nous passons au droit nouveau, nous allons voir que la théorie exposée par nous concorde parfaitement avec celle des textes, qu'elle n'en est en somme que la généralisation.

Nous avons dit, tout d'abord, qu'il devait y avoir subrogation pour toutes les qualités qui affectent la valeur de la chose à un

(1) *Traité des Successions*, liv. III, ch. II, sect. I, nos 63 et suiv.

but déterminé, comme celle de propre ou de dotal. N'est-ce pas le système du Code civil?

Et tout d'abord, en ce qui concerne le régime de communauté. D'après l'art. 1407, « l'immeuble acquis pendant le mariage à titre onéreux contre l'immeuble appartenant à l'un des époux, n'entre point en communauté et est subrogé aux lieu et place de celui qui a été aliéné ». D'autre part, d'après l'art. 1434, les biens acquis au moyen des deniers provenant d'un immeuble sont propres comme lui, pourvu, toutefois, que l'on ait *rempli* certaines conditions de forme dont nous aurons à parler plus loin.

Ne voyons-nous pas, dans ces deux articles, la subrogation admise dans la qualité de propre, qui est évidemment attribuée à certains biens parce qu'on leur donne une destination spéciale, parce qu'ils ne doivent pas pouvoir être engagés sans la volonté de leur propriétaire, en un mot, parce qu'ils constituent, dans une mesure légère, il est vrai, un fonds de réserve pour la femme et plus généralement pour elle et ses enfants (1).

Ces articles, qui ne prévoient que deux cas spéciaux de *subrogation*, répondent tellement bien aux nécessités pratiques, que l'on ne fait aucune difficulté pour les étendre largement, pour en faire sortir une suite innombrable d'applications.

C'est ainsi que, sans texte spécial, on déclare propres les créances nées de la vente d'un immeuble propre; ce cas peut, il est vrai, être qualifié échange. La même solution est donnée lorsque la femme possédait en propre une part indivise dans une succession. Si le partage a lieu et que certains immeubles soient repris par le co-héritier, de sorte qu'il doive une soulte, tout le monde déclare que la créance pour soulte doit être considérée comme propre, sans qu'on s'occupe ici de savoir si le partage *étant*, par nature, déclaratif, on n'est pas en dehors de la règle posée à l'art. 1407. De même encore, on s'est accordé à subroger dans la qualité de propre l'indemnité d'assurance ou autre qui était due à la suite de la destruction ou de la détérioration du propre. Les

(1) En parlant ainsi, de la femme seule, je me place au point de vue vrai et pratique, car, en théorie, on peut m'objecter que le mari a aussi des propres qu'on ne peut qualifier de fonds de réserve, puisqu'ils répondent des dettes communes.

hésitations que l'on a éprouvées par ailleurs à admettre la représentation de l'immeuble par l'indemnité d'assurances (1) en matière hypothécaire, ou au sujet du rapport à succession, n'ont pas trouvé place ici. Tout le monde a appliqué cette idée que nous avons exprimée plus haut, à savoir : qu'il faut considérer comme subrogées à un bien les valeurs qui, sans lui, ne se trouveraient pas dans le patrimoine. Et la jurisprudence, elle aussi, a adopté cette opinion. Le principe de l'art. 1434 n'a pas été entendu par les interprètes d'une façon moins large. C'est ainsi que le remploi est admis par une interprétation incontestée, comme transportant la qualité de propre lorsqu'il s'agit de remployer le prix de propres mobiliers, bien que la loi suppose dans l'art. 1434 des immeubles aliénés. On tend aussi de plus en plus à admettre le remploi en meubles, bien que lui aussi ne soit pas prévu par le Code civil, des lois postérieures étant seulement intervenues pour permettre expressément le remploi en actions de la Banque de France et en rentes sur l'État (2). Nous pourrions multiplier presque à l'infini les hypothèses non prévues par les textes où la subrogation a été admise. Nous nous contentons, sur ce point, de ces quelques exemples ; nous voulons simplement dégager la théorie générale et montrer comment l'interprétation, poussée par des raisons majeures, se dirige vers elle (3).

Nous devons toutefois dire qu'une limitation est généralement adoptée en notre matière. Si on admet la subrogation dans la qualité de propre par remploi avec toutes facilités, on se refuse à admettre la subrogation dans l'emploi. On déclare que, sauf clause contraire du contrat de mariage, d'une donation ou d'un legs, les biens meubles ou immeubles acquis avec des deniers propres tombent en communauté.

Pourquoi cette exception? Nous avons vu jusqu'ici que les interprètes du Code civil étaient d'accord avec nous et admettaient la subrogation sous le régime de communauté avec la même facilité que nous devions le faire nous-même, d'après notre théorie.

(1) V. en ce sens : Bordeaux, 19 mars 1857. S. 57. 2. 534.

(2) Décret du 16 janvier 1808, art. 7, et loi du 16 septembre 1871, art. 29.

(3) On verra dans Flach (*Subrogation réelle, Rev. hist.*, 1888, p. 563 et suiv.), une liste complète des différents cas possibles.

Y a-t-il donc dans la loi des principes contraires à notre système? Nous sommes-nous trompé en disant que les textes concordaient avec lui? Nous renvoyons à un peu plus tard l'examen de cette question : nous le ferons en étudiant l'emploi sous le régime dotal, régime à l'étude duquel nous arrivons actuellement.

Au chapitre du régime dotal, la loi prévoit seulement deux cas de subrogation, lesquels sont en parfaite harmonie avec notre système. L'immeuble reçu en échange d'un immeuble dotal est dotal comme lui (art. 1559 § 2). Si un immeuble dotal est aliéné pour une des causes spécifiées par la loi, l'excédent du prix doit être remployé en immeubles, lesquels sont dotaux (art. 1558 *in fine*). Voilà des décisions assez spéciales. Néanmoins, les auteurs et la jurisprudence, avec une rare unanimité, en ont tiré des principes généraux : ils ont étendu la subrogation à des cas non prévus par les textes, malgré qu'ils aient souvent affirmé que la dotalité est de droit très étroit. Dans notre droit actuel tel qu'il résulte de l'interprétation, ce n'est plus seulement l'échange d'immeuble contre immeuble qui fait passer d'un bien à un autre la qualité de bien dotal. Et pourtant c'est le seul cas prévu par la loi. C'est à la suite de tout échange, échange contre meubles, échange d'immeubles contre meubles (1), que se produit la subrogation. De même on admet la transformation de la dot en cas de rapport à succession, dans le silence des textes. Si la femme a, dans sa dot, un immeuble reçu en avancement d'hoirie et que la succession du donateur s'ouvre pendant le mariage, elle devra, au cas d'acceptation, en faire le rapport. Et dans ce cas, la doctrine et la jurisprudence sont à peu près unanimes pour déclarer que la part recueillie par la femme dans la succession est dotale, à concurrence, bien entendu, des valeurs dotales qu'elle y a rapportées (2).

De même au cas où la femme est évincée de la dot, on admet

(1) V. même cette idée poussée à l'extrême dans un arrêt de Douai sous Cass. 1er août 1900. S. Ol. I. 5. et la note de M. Lyon-Caen.

(2) V. en ce sens : Aubry et Rau. V, § 534, p. 541, et les nombreux auteurs par lui cités. Guillouard, IV, n° 1754, p. 75. — Cass., 3 fév. 1879. Sir. 79. 1353. — Flach, *Rev. hist.*, 1869, p. 520.

que l'indemnité qu'elle réclame au constituant à la suite de cette éviction, constitue un bien dotal (1).

La solution est encore la même au cas où un immeuble dotal est incendié. L'indemnitée payée par la Compagnie d'assurances est reconnue comme dotale. C'est étendre bien loin le principe que l'échange produit la subrogation (2).

En matière de remploi, le développement du droit, par rapport aux solutions spéciales données par les art. 1558 et 1559, n'est pas moins remarquable. Ces articles prévoient le remploi seulement pour une faible portion du prix de l'immeuble. On ne s'en tient pas aux termes du texte. Ce n'est plus seulement le remploi fait dans ces conditions, c'est le remploi de tout le prix d'un bien dotal aliéné quelconque : meuble ou immeuble; c'est le remploi fait en valeurs quelconques. Et lorsque la loi du 3 mai 1841 est venue déclarer que, l'immeuble dotal étant exproprié pour cause d'utilité publique, le tribunal ordonnerait les mesures de remploi nécessaires, personne n'a douté, dans le silence du texte, que la nouvelle acquisition ne fût dotale et que ce ne fût là le droit commun (3).

Nous constatons donc jusqu'ici que, non seulement les textes sont d'accord avec notre théorie, mais que l'interprétation en est faite d'une façon extensive, dans le sens le plus favorable aux idées antérieurement indiquées par nous. Ce développement des solutions spéciales fournies par le Code, malgré le vieux principe de la subrogation-fiction, est tout à fait remarquable.

Cependant, sur un point, notre théorie paraît mise en échec par la loi elle-même de la façon la plus formelle.

Dans l'art. 1553, nous voyons deux cas où un immeuble, qui a cependant ce qu'on pourrait appeler une origine dotale, n'est pas dotal. C'est l'immeuble acquis en emploi des deniers dotaux, s'il n'est rien stipulé au contrat de mariage; c'est aussi celui donné en paiement de la dot.

(1) V. en ce sens : Flach, *loc. cit.* Aubry et Rau. V, § 534, p. 538, note 27.

(2) V. en ce sens : Flach. V. des exemples du même genre : indemnité payée pour une servitude de passage, une acquisition de mitoyenneté, etc. V. de même Aubry et Rau. V, § 534, p. 542, texte et note 38.

(3) V. Aubry et Rau. V, p. 542. Cf. Flach, *Rev. hist.*, 1869, p. 389.

Mais cet art. 1553, qui semble consacrer un système contraire au nôtre, dérive, en réalité, d'une théorie différente. C'est simplement une exception spéciale qu'il faut rattacher au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales que formule l'art. 1395. Et nous allons voir de quelle façon elle s'y rattache, en précisant le sens de l'art. 1553. Notre droit admet parfaitement, que la qualité de bien dotal passe d'un immeuble à un autre, d'un meuble à un autre, d'un immeuble à un meuble. A défaut de texte pour toutes ces hypothèses, il y a tout au moins des solutions certaines de la pratique. Mais ce que la loi n'admet pas dans l'art. 1553, c'est la transformation de la dot consistant à faire passer sur un immeuble le caractère de dotalité qui affectait la somme ayant servi à l'acquérir. Cette transformation de la dot est la seule interdite. Et, en effet, l'art. 1553, notons-le bien, ne vise que des hypothèses de ce genre. Mais nous ne nous contentons pas de cette argumentation *a contrario*, bien qu'elle nous ramène à la règle générale. Nous pouvons, en effet, donner de notre interprétation de l'art. 1553 une justification rationnelle.

La loi a-t-elle pu vouloir interdire toute transformation de la dot dans l'art. 1553? Peut-on dire que cela est imposé par l'immutabilité des conventions matrimoniales, et qu'il faut le généraliser, bien qu'il ne résolve que des cas spéciaux? On pourrait alors déclarer que les art. 1558 et 1559, au lieu d'appliquer la règle générale : la possibilité de transformer la dot, n'établissent que des exceptions qu'il faut limiter aux cas prévus par les textes qui les établissent. Cela aurait cette conséquence, que les auteurs qui semblent se rattacher à ce système n'ont pas prévue : il faudrait renoncer à étendre, comme on l'a fait, ces deux articles. Ce serait s'attaquer à cet ensemble de solutions bien établies que nous venons d'indiquer. Ce serait déjà une raison de douter de cette interprétation très extensive de l'art. 1553.

Il en est une autre, selon moi, plus convaincante encore. C'est qu'étendre ainsi l'art. 1553, ce serait très mal comprendre l'immutabilité des conventions matrimoniales et les besoins pratiques qui l'ont fait établir. Qu'exige le principe de l'art. 1395 en notre matière? Simplement ceci : Que les tiers ne soient pas exposés à voir la dotalité leur causer un préjudice plus grand

qu'ils ne le pouvaient prévoir. Si la dot consistant en immeubles se transforme en dot mobilière, ou inversement, du moment qu'il s'agit toujours de biens qui constituent la pleine propriété de la femme, il ne résulte de ce changement aucun préjudice, pourvu, toutefois, que les formalités leur indiquant cette transformation soient remplies (déclaration de remploi) s'il y a lieu. De même, et à plus forte raison, si la dot en propriété se transforme en dot en deniers, pour laquelle la femme a une simple créance, ils ne subissent aucun préjudice. Mais si la dot en deniers pouvait, par la seule volonté des époux, devenir une dot en propriété, mobilière ou immobilière, si l'emplei était possible sous le régime dotal, ce serait pour eux un danger : ayant cru avoir en face d'eux une femme simplement créancière, ils la verraient prendre à titre de bien dotal un immeuble qui serait inaliénable. Ceux qui auraient traité avec le mari seraient frustrés de leurs légitimes espérances. Le seul acte dangereux, le seul que l'art. 1395 et l'art. 1553 aient voulu prohiber, c'est donc celui-là : transformation d'une dot consistant en créances contre le mari en une dot composée de propriétés mobilières ou immobilières. C'est tellement bien l'idée de la loi, que cette transformation de nature à nuire aux tiers devient permise si le contrat de mariage la prévoit. Alors les tiers ont dû s'attendre à ce qu'il soit fait emploi de la dot, ils ne peuvent se plaindre. Si, au contraire, l'immutabilité des conventions matrimoniales imposait la non-transformation de la dot, les époux pourraient-ils ainsi s'autoriser par avance à faire ce changement? Non, les époux ne peuvent, par une clause de leur contrat de mariage, s'autoriser à modifier telle partie de leurs conventions à leur gré.

De la règle posée dans l'art. 1553 ainsi comprise, on peut déduire des conséquences importantes.

C'est ainsi que nous considérerons, d'accord en cela avec tous les auteurs, comme biens paraphernaux les biens recueillis par la femme dans la succession de celui qui lui avait promis une dot. Si la dot a été promise par un tiers qui vient à mourir avant d'avoir payé à la femme la dot qu'il lui devait, si celle-ci est son héritière pour le tout, elle reçoit ainsi par une sorte de dation en paiement ce qui lui était dû. Mais cette transformation d'une dot

en deniers en une dot composée de meubles ou d'immeubles, qui resteront la pleine propriété de la femme, sur lesquels le mari n'aurait qu'un usufruit, n'est pas possible (1). Il faudrait que le contrat de mariage l'ait prévue.

D'ailleurs, il y aurait ici une difficulté spéciale pour admettre une autre solution. Comment déclarer dotaux des biens qui valent peut-être dix fois ou plus la somme promise? Ce serait augmenter la dot pendant le mariage malgré le texte formel de l'art. 1543. On ne pourrait jamais déclarer dotaux que les biens qui seraient déclarés tels par un partage des biens en dotaux et paraphernaux, partage fait par la femme avec elle-même dans des conditions que je n'ai pas ici à examiner (2).

De même si une dot a été constituée en argent et qu'au moment de la séparation de biens le mari donne des immeubles en paiement de la dot qu'il doit à sa femme, ces immeubles ne seront pas dotaux; ce serait transformer la dot de manière à préjudicier aux créanciers de la femme.

Mais, d'autre part, il faut restreindre le principe de l'art. 1553 à son domaine naturel d'application, c'est-à-dire au cas où la dot pourrait se présenter sous une forme autre que sa forme originaire et serait susceptible de nuire davantage aux tiers.

Seront donc dotaux les biens donnés en paiement à la femme par un tiers si, ayant été évincée par suite d'une revendication de la dot à elle constituée en immeubles par ce tiers, elle exerce contre lui l'action en garantie. Les biens qui ont été ainsi livrés par le tiers pour se libérer par dation en paiement de l'indemnité pécuniaire qu'il devait seront dotaux, à la condition toutefois que l'origine de l'immeuble soit indiquée dans l'acte dressé. Alors, en effet, les tiers ne peuvent se plaindre si la dot continue à avoir sa nature immobilière qu'elle avait originairement, si la dotalité passe simplement d'un immeuble à un autre, alors surtout que le lien qui les unit l'un à l'autre est apparent, que la généalogie de l'immeuble actuel leur est indiquée. Une clause à cet effet sera inutile dans le contrat de mariage.

(1) V. en ce sens : Cass., 9 juin 1891. Sir. 91. 1. 5. — Toulouse, 21 juin 1892. S. 93. 2. 188. V. Guillouard, IV. p. 66, n° 1745 et les renvois.

(2) V. sur ce point : Planiol, *Rev. crit.*, 1886, p. 307 et suiv.

La même solution devrait naturellement être donnée pour une dation en paiement faite par le vendeur de l'immeuble que la femme se serait constitué en dot et dont elle serait évincée. Les raisons de se décider sont ici identiques.

De même encore, lorsque la femme s'est constituée en dot sa part indivise dans une succession, ce qu'elle recueille définitivement dans cette succession, soit qu'elle se porte adjudicataire de tous les biens héréditaires ou de quelques-uns d'entre eux, soit qu'elle reçoive certains immeubles dans son lot, est dotal. Mais il n'est naturellement dotal que pour une part indivise égale à la valeur de la part originaire de la femme dans la succession, au cas où la femme s'est portée adjudicataire de certains biens dont l'ensemble excède sa part héréditaire. La dotalité n'existe pour le tout que si les biens recueillis par la femme ne dépassent pas en valeur le montant de cette part, autrement dit que si elle ne doit pas de soulte (1). Par exemple, si la part de la femme était avant partage de 100,000 francs, ce qu'elle recueillera en meubles ou immeubles sera dotal pour le tout si elle ne reçoit des biens successoraux que pour cette somme. Si, par suite d'adjudication, elle reprend des biens pour une somme supérieure, ils ne seront dotaux que pour une part indivise égale à 100,000 francs.

Nous pourrions multiplier à l'infini les hypothèses plus ou moins compliquées. Nous croyons plus important de dégager une formule permettant de résoudre les autres difficultés et qui soit à la fois en harmonie avec la loi et les principes rationnels que nous avons posés. La seule limitation que l'immutabilité des conventions matrimoniales puisse mettre à la transformation de la dot, c'est que *la dot ne peut, de dot en deniers, devenir une dot en propriété, si cela n'a pas été prévu au contrat de mariage* (2).

(1) V. en ce sens : Aubry et Rau. V, § 534, p. 542 et suiv.

(2) Et ce que je dis de la dot sous le régime dotal, je puis le dire également pour les propres de la femme commune en biens. Ils ne peuvent pas de propres imparfaits devenir propres parfaits sans clause spéciale du contrat de mariage. En principe donc, sous le régime de communauté comme sous le régime dotal, l'emploi est interdit. Cela découle de l'art. 1395 tel que nous l'avons entendu et dont l'art. 1553 n'est qu'une conséquence.

Mais si l'immeuble, qui remplace une dot en argent, n'est pas dotal, il faut noter que l'on arrive, par le principe de l'enrichissement indû à faire ressortir de l'immeuble toute la somme dotale qui a servi à l'acquérir. Les créanciers de la femme ne peuvent se partager tout le prix de cet immeuble paraphernal qu'ils ont fait saisir. Ils s'enrichiraient indûment, puisqu'ils prendraient une valeur qui a été implicitement convenu devoir leur échapper, les époux l'ayant déclarée dotale par contrat de mariage. Ils sont donc tenus de laisser la femme reprendre le prix qui a servi à acquérir l'immeuble. L'action pour enrichissement indû exercée contre eux se présentera ici sous la forme d'un prélèvement à l'ordre ouvert sur le prix de l'immeuble saisi. C'est ainsi que, selon nous, s'explique et se justifie, d'une façon simple, cette célèbre théorie de la jurisprudence sur la représentation des valeurs dotales par les biens paraphernaux. Nous nous contentons de l'indiquer sans vouloir y entrer plus avant. Ce n'est plus ici, en effet, de la subrogation réelle.

Quant aux mesures de publicité, c'est la seule règle dont il puisse être ici question, d'après notre théorie que nous voyons appliquée. La loi ne dit rien lorsque le bien nouveau se rattache au bien ancien de façon apparente : lorsqu'il y a vente, échange, etc. Mais lorsqu'une acquisition a été faite en remploi, « le remploi ne s'opère que s'il a été déclaré que cette acquisition est faite des deniers provenant de l'aliénation d'un immeuble personnel, et pour tenir lieu de remploi » (art. 1434). Et l'on a si bien senti la nécessité de cette mesure, qu'on l'a toujours appliquée au remploi sous le régime dotal et à l'emploi lorsqu'il est possible, bien que la loi à propos d'aucun régime ne parle des déclarations à faire en ce cas. Bien plus, on l'étend même au cas où le contrat de mariage porte que les premières acquisitions du mari vaudront emploi des deniers propres qu'il a reçus. Les principes posés par nous sont donc ici encore d'accord avec la loi et la pratique (1).

Dans d'autres textes du Code, nous trouvons des applications de

(1) V. Aubry et Rau. V, § 507, p. 808.

la seconde hypothèse de subrogation réelle indiquée par nous : celle où, dans un intérêt de crédit, la loi valide une aliénation faite par un non-propriétaire. C'est l'art. 732, C. civ., qui permet à l'absent de retour de recouvrer « les biens provenant de l'emploi qui aurait été fait du prix de ses biens vendus ». C'est l'art. 771, C. civ., qui impose au conjoint survivant succédant à la totalité des biens « de faire emploi du mobilier, ou de donner caution suffisante pour en assurer la restitution », disposition qu'on ne peut comprendre que si l'héritier peut revendiquer les biens acquis en emploi comme subrogés au mobilier. Autrement, s'il était sur ces biens exposés à la loi du dividende, il n'aurait pas une garantie équivalente à une caution.

Toutefois, nous devons reconnaître que l'application logique des principes posés antérieurement par nous reçoit sur un point une exception : c'est en matière de donation. Lorsqu'une donation a été faite, mais que le donataire n'exécute pas les charges, ou fait preuve d'ingratitude, la révocation de cette donation peut être demandée. Les aliénations antérieures ne sont pas pour cela frappées de nullité, mais « le donataire sera condamné à restituer la valeur des objets aliénés *eu égard au temps de la demande* » (art. 958) et non pas les biens acquis en emploi du prix de ces objets comme le voudraient les principes. Ceci s'explique, dans une large mesure : le donataire est peu intéressant, sa conduite mérite qu'il soit traité sévèrement. Il est naturel que le donateur soit remis dans la même situation que s'il n'avait rien donné, et qu'il reprenne la valeur du bien au jour de la demande en justice. D'après les principes que nous avons exposés, le demandeur ne devant pas être traité plus mal en présence d'un adversaire de mauvaise foi que d'un adversaire de bonne foi, il aurait dû reprendre en nature les biens acquis en remploi, sauf à se porter créancier pour une certaine somme pour parfaire la différence avec la valeur actuelle du bien donné. Il y a donc ici une certaine divergence entre notre système et la loi. Mais on peut très bien comprendre que le législateur ait ici consacré un système plus simple, quoique moins équitable.

Si notre théorie est d'accord avec les règles spéciales que nous trouvons dans nos codes, elle n'est pas complètement étrangère à

la doctrine moderne. On peut en trouver le germe dans l'ouvrage de Zachariae. Il oppose en effet, dans sa théorie du patrimoine, deux cas : celui où les objets ne sont pas considérés en eux-mêmes, « mais sous le rapport de leur valeur appréciable ». En ce cas, il y a subrogation. Dans le cas contraire, c'est-à-dire « quand il s'agit de choses considérées en elles-mêmes et individuellement, un autre objet ne peut être ni demandé, ni donné (1) ». Il n'y pas subrogation. Il est vrai que cette distinction des cas où il y a ce que j'ai appelé des valeurs d'affectation et ceux où il n'y en a pas est mise par lui sous la protection du vieux principe *in judiciis universalibus res succedit in locum pretii et pretium in locum rei.* Mais il ne s'en place pas moins sur un terrain très voisin du nôtre, surtout dans le premier cas par nous envisagé.

Cette théorie indiquée par Zachariae tend à s'effacer de plus en plus chez les quelques auteurs qui ont étudié dans la suite la subrogation réelle. MM. Aubry et Rau, M. Flach, M. Paulmier, reviennent complètement ou à peu près au vieux principe : il y a subrogation de plein droit dans les universalités, mais, hors de ce cas, il n'y a subrogation que si la loi le dit. « La subrogation n'étant qu'une fiction, dit-on, elle ne peut s'opérer qu'entre deux objets dont l'un ayant remplacé l'autre comme élément d'une universalité est réclamé en vertu d'un *judicium universale.* Si, au contraire, il était question de l'exercice d'une action portant, non point sur une universalité de droit ou sur les éléments qui la composent, mais sur une ou plusieurs choses particulières prises en elles-mêmes, la fiction précédemment indiquée manquerait de base et la subrogation n'aurait plus lieu de plein droit (2). »

Que vaut ce système, et surtout que vaut la base sur lequel il s'appuie? C'est ce que nous pouvons maintenant examiner utilement. Nous avons en effet exposé le système rationnel de la subrogation, nous avons vu qu'il était conforme aux textes de la loi et, d'autre part, que les auteurs, même s'étant occupés spécialement de la question et ayant répété qu'il y avait ici une fiction,

(1) Ed. Massé et Vergé, II, § 264, p. 39.
(2) Aubry et Rau. VI, § 575, p. 237.

étendaient, comme nous le faisions nous-même, les cas de subrogation, notamment pour la qualité de bien propre ou de bien dotal. Nous allons maintenant, négligeant cette contradiction, attaquer dans leur principe les systèmes adverses. Nous espérons montrer que l'adage *in judiciis universalibus*, etc. est doublement inexact : il n'y a pas de véritables universalités ayant des traits caractéristiques; d'autre part, dans ce qu'on qualifie universalité, la subrogation ne se produit pas à proprement parler.

Faisons d'abord sur la théorie généralement adoptée à l'heure actuelle une remarque. Ses défenseurs l'appuient principalement sur la tradition. Or, cette tradition est bien plus obscure et incertaine qu'on ne se le figure volontiers. Je n'ai pas à répéter ici ce que j'ai dit plus haut. Je mentionne seulement que, dans l'ancien droit comme dans le droit moderne, les auteurs, après avoir posé des principes restrictifs, admettaient assez facilement la subrogation en matière de *judicium singulare*; de communauté par exemple ou de régime dotal. Il y avait donc à la fois contradiction dans les théories et contradiction entre la théorie admise par la majorité des auteurs et les solutions des questions pratiques.

Reste-t-il à la théorie des auteurs modernes une certaine force tenant à ce qu'elle aurait une base rationnelle? Je ne le crois pas.

En la sondant avec quelque attention, on voit tout d'abord qu'un de ses termes au moins est inexact ou plutôt n'a aucun sens précis. Car il n'y a pas de *judicium universale* à proprement parler dans le droit moderne. Aucune action n'a plus qu'une autre le privilège d'aboutir à un jugement de cette nature. Partant de là, il devient très difficile de parler d'universalités juridiques en donnant à cette expression un sens précis.

A Rome, il en était autrement à cause du mécanisme des actions qui imposait au plaideur autant de demandes différentes qu'il y avait de biens différents (1). Conformément à leurs habitudes d'analyse juridique, les Romains imposaient contre celui qui possédait dix objets à autrui l'exercice de dix actions en revendication. Excep-

(1) V. Jhering. *Esprit du droit romain*, IV, p. 27. Trad. Meulenaere.

tionnellement, il était possible de réclamer par une seule action toute une collection de biens. On pouvait se contenter d'une seule demande en justice lorsqu'on réclamait l'ensemble des biens héréditaires à qui se prétendait héritier, lorsqu'on agissait en pétition d'hérédité. Ces habitudes d'analyse ne sont plus les nôtres. Dans notre droit moderne, il y a une autre organisation de la procédure. Nous n'avons plus de *judicium universale*. Nous connaissons simplement des procès portant sur une série d'objets particuliers où on discute une question telle que si le demandeur obtient gain de cause sur elle, il pourra se faire restituer un certain nombre d'objets. Dans la pétition d'hérédité, c'est la qualité d'héritier qui est en jeu. Si elle est reconnue au demandeur, le défendeur devra lui restituer tous les biens héréditaires, car, pour chacun d'eux, il n'a en principe aucune autre raison de les garder. Mais ce phénomène, nous pouvons le trouver identique dans d'autres cas où il n'y a pas de *judicium universale*, bien certainement. Par un même acte de vente, de donation, on a aliéné un certain nombre de pièces de terres, de meubles, de maisons, etc. : le vendeur ou le donateur demande ensuite la nullité de l'acte pour dol ou pour violence. S'il gagne, il fera condamner le défendeur à restituer tous les biens acquis. La situation est analogue à celle de la pétition d'hérédité, et pourtant qui prétendrait qu'ici il y a *judicium universale*, qu'il y a lieu de parler de subrogation s'opérant de plein droit?

A défaut de ce criterium pour reconnaître s'il y a une universalité, quel criterium prendre? Les auteurs qui ont spécialement étudié la subrogation n'en donnent aucun; ils nous donnent des exemples, ils parlent d'un lien juridique qui existe entre les parties d'un tout. Est-ce là la caractéristique des universalités? Suffit-il de ce lien de droit entre différents objets? Pourquoi alors dit-on à peu près unanimement que les biens propres ou que les biens dotaux ne forment pas une universalité (1)? Et pourquoi

(1) M. Regnault (*Rev. crit.*, 1896, p. 440) est le seul qui ait soutenu que la dot forme une universalité juridique. Nous ne voyons pas quelle objection on pourrait lui faire. Une dot ne forme-t-elle pas un ensemble comme une hérédité. Tous les biens d'une même personne, qui ont une qualité juridique identique, ne forment-ils pas juridiquement un ensemble?

admettre en même temps qu'une hérédité ou des biens grevés de fidei commis sont une universalité?

Cette distinction des cas dans lesquels la subrogation se produit de plein droit parce qu'on a devant soi une universalité et des autres cas où pour une raison contraire il n'y a pas subrogation ne repose donc pas sur une base ferme. Mais c'est le principe en lui-même qui me paraît aussi critiquable. En prenant les cas où l'usage reconnaît d'ordinaire une universalité juridique, est-il vrai qu'il doive y avoir là subrogation de plein droit et là seulement? Je ne le pense pas.

On est ici en présence d'un vieil adage qu'on a fait sortir assez arbitrairement des textes romains (1). On a voulu expliquer par lui les textes du Digeste où il s'agissait de subrogation. On a essayé de trancher avec lui toutes les questions nouvelles qu'il fallait résoudre et en même temps on n'a pas cessé de s'en écarter très souvent. C'est qu'en effet il devait en être ainsi. Un adage juridique ne peut être toujours suivi qu'autant qu'on devine en lui une règle d'équité, ou si l'on sent qu'il répond à une nécessité pratique, aux besoins du développement économique. Au contraire, déconcerte-t-il plutôt l'esprit parce que derrière lui on ne sent pas les besoins de la vie qui se manifestent, on le viole à tout propos. Si on ne saisit pas les raisons pratiques de la distinction qu'il pose, s'il apparaît comme une sorte d'échafaudage bizarre dont on ne voit pas la raison d'être, forcément on oublie à chaque instant d'en tenir compte.

N'en est-il pas ainsi dans notre cas? Pourquoi est-ce que la subrogation en principe n'aurait pas lieu en dehors des universalités et que, au contraire, elle s'opérerait, et s'opérerait de plein droit, dans les universalités? Le fait qu'il ne doit pas y avoir de subrogation en dehors des universalités, on croit le justifier en disant que la subrogation est une fiction, donc de droit étroit. Nous avons essayé de montrer le contraire. On n'a pas, à nos yeux, donné de bonne raison pour nier la subrogation en dehors des universalités ou ce qu'on est d'usage d'appeler ainsi. D'autre

(1) V. Flach. *De la subrogation réelle*. 1868, p. 162 et suiv.

part, pourquoi s'opérerait-elle de plein droit dans les universalités où, là aussi, elle devrait être une fiction, si j'en crois nos adversaires ?

Si on a admis ici la subrogation, c'est qu'on a été le jouet d'un mirage. On pense toujours en parlant d'universalité à l'art. 2092, qui affecte les biens nouveaux en gage général aux créanciers. On pense à ce droit de gage qu'ils possèdent et qui cesse d'exister sur le bien aliéné pour réapparaître sur l'objet obtenu en échange. On se dit que les phénomènes qui se passent ainsi dans le patrimoine s'expliquent par la subrogation et, à part soi, on ajoute : uniquement par la subrogation. Et on généralise ensuite : si la subrogation se produit dans le patrimoine, pourquoi ne se produirait-elle pas dans tous ces ensembles de biens qui forment de petits patrimoines? Cette façon de procéder est très séduisante au premier abord. Mais tout l'édifice pèche par la base. Si les biens nouveaux sont soumis au droit des créanciers, ce n'est pas comme biens subrogés, mais comme biens à venir. Tout bien à venir entrant dans le patrimoine à titre onéreux ou à titre gratuit, peu importe, des créanciers peuvent le saisir et cela en vertu du principe : qui s'oblige oblige le sien. Principe qui repose sur cette idée : le débiteur en s'engageant a dû le faire loyalement, en promettant de payer toutes les fois qu'il pourrait le faire, quelles que fussent l'origine et l'époque d'acquisition des biens qu'il aurait entre les mains. C'est par cette idée et non par celle de subrogation, qu'on peut expliquer les phénomènes qui se produisent dans le patrimoine. La subrogation à elle seule n'y suffit pas. En effet, les biens acquis à titre gratuit, qui tombent eux aussi dans le gage des créanciers, ne remplacent cependant aucun bien. C'est donc par la volonté très générale de la loi, d'accord avec les intentions raisonnables des particuliers que les biens à venir peuvent tous être saisis par les créanciers, et non parce qu'il y a subrogation.

Nous pouvons d'ailleurs continuer un peu le débat et juger d'une façon plus générale ce que vaut cette idée si souvent répétée que la subrogation se produit dans toute universalité juridique. Dans une hypothèse déjà indiquée par nous, on parle volontiers d'universalité : c'est au cas de nantissement d'un fonds

de commerce, et on semble croire à un lien très étroit entre ce titre d'universalité et la subrogation qui s'y produit. Il semble que la situation des marchandises nouvellement acquises tienne à ce qu'elles remplacent des marchandises anciennes, c'est à ce titre, semble-t-il, qu'elles rentrent dans le gage du créancier nanti. Ceci est inexact. Car aliénations et acquisitions sont sans lien forcé entre elles.

Sans doute il est bien vrai que les marchandises nouvelles sont affectées à la sûreté du créancier (1), mais elles le sont, sans qu'on s'occupe de savoir s'il n'en est pas entré pour une somme plus considérable qu il n'en est sorti. Si l'on en a vendu pour 1,000 francs pendant la durée du nantissement, et que, pendant la même période, le commerçant en a fait entrer dans ses magasins pour 2,000 francs et plus, la totalité de ces marchandises n'en est pas moins grevée du privilège du créancier gagiste. Ce phénomène, inexplicable par la seule idée de subrogation, ne l'est que par une volonté tacite des parties qui ont convenu de soustraire au droit de gage toutes les marchandises vendues, mais d'autre part d'affecter à la sûreté du créancier tous les nouveaux achats du commerçant.

Sans doute à regarder les choses approximativement il se produit une certaine compensation, dans l'étendue du gage, entre les marchandises qui entrent et celles qui sortent, mais le gage se trouve ordinairement maintenu à un niveau à peu près constant, mais ce n'est pas une subrogation, nous venons de le voir.

Ainsi dans les cas mêmes où l'opinion unanime voit une universalité juridique, la subrogation ne se produit pas comme on le pense (2). Cette théorie est impuissante à expliquer complètement les phénomènes qui se produisent. Nous venons de le voir par deux exemples de cas très connus.

(1) V. en ce sens : jug. trib. de commerce de Nice, 10 mai 1899. Le *Droit* du 23 oct. 1899. C'est également la doctrine. V. Magnin. *Nantissement de fonds de commerce.* (*Annales de droit commercial*, 1899, n° 13.)

(2) Nous avons admis, il est vrai, que la créance des marchandises vendues était subrogée à ces marchandises, mais la créance peut très souvent être regardée comme sortie du fonds de commerce. Tout dépend de l'intention des parties.

On arrive donc à cette conclusion : parler d'universalité, c'est employer une expression commode pour désigner une certaine collection d'objets ayant des traits communs. Mais il ne faut pas songer à tirer de là des décisions spéciales des règles juridiques. Il faut s'en rapporter à l'équité ou à la volonté des parties.

D'ailleurs, les théories construites sur cette base, ou sur ce que les Allemands appellent le patrimoine d'affectation (*zweckvermögen*) n'ont pas donné ce que l'on en attendait. On les a critiquées parce que tout dépend, a-t-on dit, de la volonté des parties (1). C'est l'idée que nous exprimions à l'instant. En outre, on a fait observer que l'on aboutirait à des conséquences inadmissibles (2).

Nous venons de parler des universalités juridiques, c'est-à-dire de toutes celles où le lien commun à des biens divers est un lien juridique, comme l'affectation de ces biens à un but économique ou social. Ce que nous venons de dire de ces universalités juridiques, nous le répéterions pour ce que l'on nomme les universalités de fait, où l'on admet qu'il se produit une subrogation de fait (3). Voici un troupeau, une bibliothèque, un immeuble même. Les différentes parties qui les composent, chaque livre, chaque tête de bétail, sont réunies entre elles par un lien intellectuel, qui est la mise en valeur de l'ensemble par chacun; chacune des pierres de la maison complète les autres, en fait une habitation et en assure la valeur, comme chacun des tomes d'un ouvrage complète la valeur des autres. De même chacune des têtes de bétail contribue à celle de l'ensemble, car c'est pour cet ensemble seulement qu'on pourra, avec chance de bénéfices,

(1) V. Gaudemet, *Cession de dettes*, p. 488.

(2) « En admettant même l'existence d'un patrimoine commercial *indépendant*, comprenant les dettes, a-t-on dit à propos des fonds de commerce et de leur aliénation, il serait inexact de prétendre que la cession du fonds de commerce implique nécessairement cession de ce patrimoine. L'objet et l'étendue de l'aliénation dépendent de la volonté des parties, et l'on rencontre en pratique des exemples de cessions de fonds de commerce restreintes à l'enseigne et à l'achalandage. »

(3) Flach, *Rev. hist.*, 1868, p. 454, 477 et suiv. — Nous employons ces expressions d'universalités de droit et de fait qui sont commodes, sans nous occuper de savoir si cette distinction a quelque fondement.

faire les frais généraux que nécessite son entretien. Dans ces universalités va se produire un phénomène bien connu : si une tête de bétail est aliénée, si une partie du troupeau meurt, si certains livres sont vendus ou détruits, l'universalité est diminuée d'autant; mais, d'autre part : si le fermier achète de nouvelles têtes de bétail, s'il laisse grandir le croît du troupeau, si l'amateur de tableaux ou d'antiquités complète sa galerie, enrichit son musée de nouvelles pièces, celles-là aussi seront regardées comme faisant partie de la galerie, du musée, comme les anciennes. Est-ce, à proprement parler, une subrogation? Non, car ces augmentations, ces diminutions peuvent ne pas se correspondre : les unes peuvent exister, les autres faire défaut; un troupeau peut ne faire que décroître, une galerie de tableaux peut s'augmenter sans cesse.

Le phénomène que nous constatons ici, comme dans le patrimoine, ce n'est pas la subrogation, c'est-à-dire le transfert des qualités, ou plutôt d'une certaine qualité, d'une chose, à une autre chose qu'elle a permis d'acquérir. C'est ce fait que, sous l'expression troupeau, bibliothèque, nous comprenons une foule d'objets plus ou moins semblables ou dissemblables, mais qui, réunis, se complètent et valent l'un par l'autre (1), et que nous les comprenons souvent tels qu'ils sont aujourd'hui, et non tels qu'ils étaient.

Et alors, supposons que cette universalité de fait, à un moment donné, soit l'objet d'un acte juridique, qu'elle y soit désignée par une seule expression : la bibliothèque de M. X., la galerie de telle personne. Si, dans l'avenir, en vertu de cet acte juridique, un droit est exercé contre elle, il est probable que les parties ont entendu qu'il soit alors exercé sur cet ensemble tel qu'il sera à ce moment, et non pas tel qu'il est actuellement : ainsi la galerie de tableaux a été léguée par testament du 1er janvier 1890, et le testateur est décédé le 1er janvier 1900. Il est probable qu'il a voulu que le légataire obtînt cette galerie telle qu'elle se trouverait à son décès, à cause de l'ensemble qu'elle forme. Et très

(1) N'avons-nous pas des musées dont les pièces sont insignifiantes, mais valent par leur réunion, par l'ensemble qu'elles composent?

subsidiairement parce que, en fait, il a vendu certains tableaux, et comme d'autres ont été rachetés par lui, le testateur veut que le légataire ne voie pas son legs très réduit. Mais cela n'est pas la subrogation : c'est la volonté de donner à des biens nouveaux certaines qualités en raison des circonstances; c'est, d'un autre côté, celui de faire perdre à des biens anciens certaine qualités, en les vendant, par exemple, mais les deux choses sont sans lien entre elles.

Cette volonté, elle est très possible, mais elle n'est pas nécessaire. Dans d'autres cas, elle n'existera pas. Si je vends une collection d'objets d'art, livrable dans le délai de six mois. Est-ce que, à l'expiration de ce délai, je pourrais, sauf une clause implicite tout au moins sur ce point, dire à mon acheteur : j'ai vendu certaines pièces, mais d'autre part j'en ai racheté d'autres. Contentez-vous de celles-ci à la place des autres. Evidemment non; je serai passible, pour inexécution partielle de mes obligations, de dommages-intérêts.

En résumé, l'expression d'universalité juridique ou d'universalité de fait est simplement une façon commode de s'exprimer; dans ces groupes de choses qu'on appelle universalités, la subrogation ne se produit pas par cela seul : le phénomène qu'on prend pour elle n'en est pas une. Il y a simplement parfois une intention des parties d'étendre ou de restreindre les droits d'une personne suivant les actes d'acquisition ou d'aliénation que passera une autre. On a cru trop souvent qu'en parlant d'universalités on avait réalisé un progrès juridique considérable. On se figurait qu'en mettant cette étiquette sur tel ou tel bien, cela permettait de dire, en quelque sorte, *a priori* : ce fonds de commerce contient tels éléments, il a un contenu toujours le même : marchandises, actif, passif commercial, par exemple, sauf que ces éléments sont constamment remplacés par d'autres équivalents : il sort des marchandises, il en rentre autant, ou il se forme une créance (1).

Mais, en somme, le contenu de ces différents ensembles, qua-

(1) V. Magnin. *Nantissement des fonds de commerce*, n° 13. — C'est aussi, en somme, l'idée de Nantel. (*Fonds de commerce*, p. 23 et suiv. Thèse, 1899.)

lifiés universalités, n'est jamais que celui qu'ont pu vouloir les parties dans chaque cas spécial. Maintenant que l'on présume qu'elles ont consenti à renoncer à leurs droits ou à demander, en place, des dommages-intérêts sur les biens qui sortent; que, d'autre part, elles se sont fait promettre un droit sur les biens à venir, comptant à part elles que tout cela se compenserait à peu près, rien de mieux, dans certains cas qu'on aura raison de fixer; mais rien de plus hasardé, disons même de plus mal fondé dans d'autres. Mais alors tout cela ce n'est pas une conquête de la science juridique, ce n'est que le vieil axiome ; « On doit, dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes. » (Art. 1156) (1).

Si, à côté de cela, nous rappelons, quand cela est nécessaire, cette vieille idée que l'accessoire suit le principal (pour les marchandises d'un fonds de commerce, par exemple, quant à l'inutilité de la mise en possession du gagiste), nous aurons de quoi résoudre les diverses hypothèses qui peuvent se présenter.

Nous pouvons donc laisser de côté le vieil adage *in judiciis universalibus*, pour essayer de construire un système répondant au besoin pratique et en harmonie avec les textes. C'est ce que M. Saleilles a fait dans une note récente sur la question (2).

Dans ce système, on applique les mêmes règles dans tous les cas, que l'on soit en présence d'une universalité ou non (3). La subrogation se produit de plein droit dans les qualités qu'il était au pouvoir des particuliers de donner à un bien : celles de propres, de biens grevés de substitutions. C'est, dit-il, une question d'interprétation de volontés. Cette transmission de qualité n'a ici de fiction que le nom.

Au contraire, « si la subrogation doit se réaliser dans un domaine que la loi s'est réservé, et où la convention reste inopérante, c'est ici qu'il est vraiment exact de dire que nous entrons dans la sphère de la fiction juridique... C'est ici qu'il est vrai de dire que la règle est celle de l'interprétation restrictive, et que la

(1) V. en ce sens : Thaller, *Annales de droit commercial*, 1889, 2e partie, p. 221.

(2) Sir., 1894. 2. 185. sous. Dijon. 30 juin 1893.

(3) *Vide contrà*. Flach, *Rev. hist.*, 1868, p. 455.

loi seule, par voie de disposition expresse ou implicite, a le droit d'intervenir ».

C'était la première fois que l'on essayait de dégager les fondements rationnels de la subrogation, que l'on attaquait le vieux principe que la subrogation est une fiction. Nous approuvons pleinement la thèse de la note sur ce point (1). Nous sommes cependant conduit à faire à ce système, qui a une base très solide, un fondement inattaquable, certaines critiques. Il se peut que la subrogation réelle se produise même pour ces qualités qui sont créées par la loi, lorsque ces qualités ont pour but d'affecter la valeur d'un bien à un emploi déterminé. Si, en effet, comme je l'ai montré, on rejette ici la subrogation, on peut arriver à tromper l'attente du législateur. Cette subrogation est dans sa volonté implicite, comme elle peut l'être ailleurs dans celles des contractants (2). Ensuite, ce système ne tient pas compte des intérêts des tiers, que la subrogation peut menacer.

Enfin, bien que sa valeur intrinsèque soit considérable, il ne doit pas, selon moi, servir à expliquer les cas où la subrogation est une conséquence de la règle sur l'enrichissement indû. Dans ces hypothèses, il s'agit de savoir si un autre que le propriétaire du bien ancien a pu transférer une qualité de ce bien ancien à un nouveau obtenu en échange. Il n'explique pas ce point où il s'agit de transférer une qualité qu'il était impossible, d'une façon relative, de transférer, parce que l'auteur de l'aliénation n'était pas propriétaire (3).

(1) Nous ne devons pas dissimuler, d'autre part, ce que nous devons à cet examen très suggestif de la question.

(2) J'ajouterai que, en fait, à l'heure actuelle, cette remarque est sans intérêt; je serais d'accord avec M. Saleilles sur toutes les solutions *pratiques*. Mais éventuellement une différence pourrait se présenter avec une loi nouvelle.

(3) C'était précisément le cas dans l'arrêt de Dijon annoté par M. Saleilles. Il s'agissait de savoir, une donation avec charge ayant été faite à une commune, et la résolution du contrat ayant été prononcée, si la commune devait restituer les prix des biens donnés (ces biens étant aliénés depuis longtemps) ou les rentes sur l'État acquises en remploi. M. Saleilles admet l'affirmative en disant que la qualité de bien donné est attribuée par les volontés des contractants agissant librement. Notre solution est la même, mais

Quoi qu'il en soit, ce système est l'indice de la marche vers l'application plus générale de la subrogation réelle, qui répond à un besoin très réel de sécurité au milieu des transformations constantes du patrimoine, des aliénations toujours plus fréquentes.

Mais la théorie de la subrogation approche encore plus de son épanouissement dans le nouveau Code civil allemand. Il y a subrogation, d'après lui, pour toutes les choses acquises en vertu d'un droit ancien, pour les indemnités à raison de destruction, détérioration ou détournement d'un objet et pour ce qu'on a obtenu par un acte juridique relatif à cet objet. La subrogation de l'indemnité pour dommage à la chose endommagée, et surtout la subrogation de l'indemnité d'assurance à la chose assurée, se trouve ainsi mise hors de conteste. De même l'hésitation qui, chez nous, serait permise pour la subrogation des autres indemnités payables pour inexécution d'un contrat n'est plus possible en Allemagne, par exemple au cas où la chose transportée n'est pas remise destination.

La subrogation s'opère dans ces conditions pour les biens du patrimoine réservé de la femme (art. 1370), pour les apports du mari ou de la femme (art. 1381, 1524 et 1554), pour les biens communs (art 1473). Elle existe également pour les biens fiduciaires (art. 2111). Ce sont les différentes hypothèses que nous avons vues dans le premier cas de subrogation réelle étudié par nous.

Ainsi suivant sa méthode habituelle de généralisation, le Code allemand a résolu implicitement toute cette série de difficultés qui, chez nous, sont laissées à l'examen de la doctrine et de la pratique. De la sorte, l'ensemble des solutions spéciales certaines à la seule lecture des textes est déjà très important et hors de proportion avec celui des solutions établies en France sur les points analogues

Au second cas de subrogation présenté dans cet essai, nous voyons le Code allemand faire l'application dans l'art. 2019 et

nous l'expliquons autrement. La donation étant rétroactivement annulée, la commune s'enrichirait indûment en ne rendant pas tout ce qu'elle a acquis à l'aide des biens donnés, lesquels sont censés ne lui avoir jamais appartenu.

l'art. 2041 pour la pétition d'hérédité, et dans l'art. 2374 pour la cession d'hérédité, des idées que nous avons considerées comme justes.

D'après ces articles, ce que le possesseur d'une succession a acquis par acte juridique au moyen des objets lui provenant de la succession est aussi considéré comme acquis à titre successoral; il en est de même de ce qu'on a acquis en vertu d'un droit dépendant de la succession ou comme indemnité pour destruction, détérioration ou détournement d'un objet, ou au moyen d'un acte juridique se rapportant à l'hérédité. Tout cela fait partie de l'hérédité.

Dans ces articles, à l'exception du dernier, l'art. 2374, la subrogation n'est opposable aux tiers que si les tiers ont connaissance de la subrogation qui a dû s'opérer, ou s'ils n'ont pas fait de bonne foi certain paiement. Mais, sur ce point, la doctrine du Code ne paraît pas complètement assise, elle est un peu incomplète et elle manque d'une certaine cohésion dans les idées (1).

Ce système du Code civil allemand, je crois que nous pouvons l'avoir chez nous dès à présent, qu'on peut très bien le faire sortir de toutes pièces de notre vieux Code de 1804 et cela par

(1) Je n'ai pas à insister sur ce point. Je ferai cependant deux remarques. En ce qui concerne la connaissance des rapports de l'état de choses nouveau avec l'ancien, le Code allemand n'a pas une formule uniforme. Tantôt il parle de la connaissance de l'état de choses par les tiers. Tantôt il valide les paiements faits de bonne foi au mépris de ces subrogations (conformément aux dispositions des art. 406 et 408). En tous cas, il y a, il me semble, une certaine incompatibilité entre, d'une part, telle formule indiquant des conditions nécessaires pour que la subrogation ait effet à l'égard des tiers (dans la pétition d'hérédité, par exemple, art. 2019), et, d'autre part, les art. 816 et 818 qui étendent, en cas d'enrichissement indû, l'obligation de restituer « aux utilités retirées, aussi bien celles obtenues d'un tiers sur le fondement d'un droit acquis, ou comme remplacement pour la destruction, détérioration ou disparition de l'objet obtenu », et cela sans exiger que les tiers aient connaissance de cette transformation de l'enrichissement, car on devrait conclure de là que la subrogation s'opérant dans la pétition d'hérédité, n'étant qu'une conséquence des principes sur l'enrichissement indû, doit se produire sans condition à l'égard des tiers. Il y a là une difficulté que je me borne à énoncer, sans chercher à la résoudre. Ce serait témérité de ma part.

l'examen rationnel des difficultés, par l'extension des textes particuliers où des idées plus générales sont en germe. Et par cette méthode essentiellement progressiste employée avec modération, nous pourrons mettre notre droit à la hauteur des législations les plus récentes. Nous contribuerons à le faire lentement avancer et à le rapprocher des aspirations de la vie sociale.

R. DEMOGUE.

CODE CIVIL SUISSE

Avant-projet du Département fédéral de Justice et Police,

Etude par M. Léon ADAM, avocat à Versailles.

Le texte de l'avant-projet du Code civil suisse a été arrêté, dans les deux langues allemande et française, le 15 novembre 1900. Sa rédaction est l'œuvre de l'éminent professeur de Berne, le docteur Eugen Huber. Avec le concours de collaborateurs admirablement guidés par lui, il a su mener à bien une tâche parfois très délicate, en présence des nombreuses lois et coutumes cantonales qu'il s'agissait d'unifier, et aussi en raison de la difficulté qu'il y avait pour la traduction française « de « créer une terminologie qui n'a pas encore acquis droit de cité « dans la langue juridique française (1) ».

Il serait superflu d'insister sur l'importance de cette œuvre. Pour les privilégiés qui ont eu, — à la section de droit civil du congrès international de droit comparé, de 1900, — la bonne fortune d'entendre les communications si attachantes de M. le professeur Huber, la lecture de son avant-projet ajoute à l'intérêt du sujet le charme du souvenir. Pour tous ceux qui sont curieux de suivre les évolutions de la science juridique actuelle, ils peuvent y puiser des éléments précieux d'observation et d'étude.

Nous allons essayer de donner un aperçu aussi fidèle que possible de son économie générale et de ses principales dispositions.

(1) *Aperçu des travaux préparatoires*, par M. le professeur Huber, mis à la suite de l'avant-projet. — Lausanne, 1900.

I.

La division adoptée pour le Code civil suisse est la division par titres et chapitres, groupés dans *cinq livres*, traitant : le premier, *des personnes;* — le deuxième, *de la famille;* — le troisième, *des successions;* — le quatrième, *des droits réels;* — et le cinquième, *des obligations.*

Un *titre préliminaire* pose d'une façon générale les principes et les limites du droit civil, du droit coutumier, du droit cantonal et du droit étranger. Un *titre final* est consacré au « conflit des lois et aux dispositions transitoires ».

L'ensemble des titres comporte une série d'articles qui sont, comme les titres eux-mêmes, numérotés sans aucune solution de continuité à travers les différentes divisions du Code.

Rien de particulier à noter dans le *titre préliminaire* (qui ne comprend, du reste, que 5 articles), si ce n'est le dernier, portant, — qu'à défaut soit de traités, soit de preuve par l'étranger, qui veut s'en prévaloir, de son droit à la loi étrangère et de la consistance de cette loi, soit enfin à défaut de connaissance par le juge de la loi étrangère, — le droit civil fédéral doit être appliqué.

II.

Le livre Ier, *des Personnes*, après avoir fixé dans le premier titre la capacité civile des *individus*, consacre tout le deuxième titre aux *corporations et établissements.* Nous devons nous arrêter sur ce titre d'une actualité singulièrement intéressante, alors que la discussion à la Chambre des députés de la loi sur les associations vient de captiver l'attention de tous les esprits.

Ce deuxième titre du Code civil suisse est divisé en quatre chapitres. Le premier contient les dispositions générales sur les conditions de la personnalité civile, la jouissance et l'exercice de ses droits, la fixation du siège social et la suppression même de la personnalité, avec la destination des biens et la liquidation. Les chapitres IIe et IIIe appliquent ces dispositions générales aux *sociétés* « qui n'ont pas un but proprement économique » et aux « fondations ». La liberté est la règle, et — pourvu qu'elles

« expriment d'une manière suffisante leur volonté d'être consti-
« tuées en corps organisés », — les associations *ont de droit la personnalité civile*. Donc, aucune formalité, aucune autorisation à demander pour exister, sauf, pour « les sociétés qui ont leur siège à « l'étranger » et pour les fondations « à destination « publique », qui sont en outre (ces dernières) « soumises à la surveillance ». Quant au droit d'acquérir (à l'exception des sociétés étrangères), les associations le possèdent sans restriction aucune. La loi donne seulement à la législation cantonale *la faculté* de « réserver l'autorisation de l'Etat pour l'acceptation « de toute libéralité supérieure à 1,000 francs et pour toute « acquisition d'immeubles ».

Les sociétés peuvent, en outre, se faire inscrire au *registre du commerce*, ce qui les fait bénéficier de simplification pour les formalités des actes, des procès, et aussi des liquidations.

Enfin la dissolution peut avoir lieu : *de plein droit* (faillite, impossibilité de constituer la direction conformément aux statuts, modification ou irréalisation du but), et *par le juge* (but illicite ou immoral).

Quant aux associés, leurs droits sont garantis particulièrement et les art. 91 et 92 donnent action à tout sociétaire pour atta-
« quer en justice les décisions auxquelles il n'a pas adhéré et « qui dépassent ou modifient le but de la société », ainsi que les décisions « auxquelles il n'a pas adhéré et qui portent atteinte « à ses droits garantis par la loi ou les statuts ».

Tout le chapitre n° peut être considéré comme un véritable modèle de statuts pour l'organisation des sociétés non économiques.

Le chapitre quatrième de ce même titre second renvoie au droit fédéral et au droit cantonal pour les « autres corporations ou « établissements ». Les deux articles dont il se compose ne sont pas inutiles à citer ici : « Art. 108. Les sociétés qui ont un but éco-
« nomique sont régies par le droit fédéral sur la matière, les « associations d'Allmends et autres semblables par le droit can-
« tonal. — Art. 109. Le droit public fédéral et cantonal est « réservé à l'égard des corporations et des établissements qui en « relèvent, ainsi que des corporations et des établissements « ecclésiastiques. »

III.

Le livre deuxième, *de la famille* (titres 3 à 12) traite dans trois parties distinctes *des époux*, *des parents* et *de la tutelle*.

La première partie comprend d'abord le titre 3e du *mariage*, qui consacre un chapitre particulier aux *fiançailles* (art. 110 à 115) et sanctionne la rupture des engagements, après en avoir très nettement déterminé les conditions et les effets. Des dommages-intérêts peuvent être accordés, en cas de rupture, même en dehors du préjudice matériel, et « à titre de satisfaction personnelle » (art. 113). Du moins la prescription pour les réclamations est très courte : une année (art. 115). Les autres chapitres « de la publi- « cation et de la célébration, des nullités du mariage », ne contiennent rien, qui sorte des règles juridiques ordinaires. Relevons cependant que « les enfants issus d'un mariage déclaré nul « sont considérés sous tous les rapports comme légitimes, même « lorsque leurs père et mère n'étaient pas de bonne foi » (art. 155); — que « tout mariage conclu à l'étranger, conformé- « ment à la législation qui y est en vigueur », est reconnu en Suisse (art. 157); — que « le droit d'attaquer le mariage ne « passe pas aux héritiers », mais qu'ils peuvent toutefois « suivre « l'action intentée » (art. 158).

Dans le titre 4e, *du divorce*, nous ferons ressortir une cause indéterminée de la rupture du lien conjugal, admise dans ces termes par l'art. 164 : « Le divorce peut être demandé par les « deux époux, lorsque le lien conjugal est si profondément « atteint que la vie commune leur est devenue insupportable. » Cela se rapproche du divorce par consentement mutuel.

Le titre 5e traite *des effets du mariage*. La femme a capacité absolue d'ester en justice, « quel que soit le régime matrimonial » (art. 191). Des mesures protectrices, vis-à-vis des époux comme à l'égard de leurs débiteurs, la suspension même de la vie commune, peuvent être ordonnées par le juge (art. 192 à 195) En ce qui concerne les régimes matrimoniaux, les époux doivent fonder leur contrat « sur l'un des trois régimes établis par la « présente loi » (art. 201), et qui sont : l'*union des biens*, la *communauté de biens*, et la *séparation des biens* : « A défaut de

« contrat ou de dispositions contraires, résultant de la loi ou d'un « jugement, les époux sont placés sous le régime légal. Le « *régime légal* est celui de l'*union des biens* » (art. 202). Comme dans la législation allemande, l'avant-projet du Code civil suisse admet une réserve contractuelle et légale, de biens qui sont dès lors « soumis aux règles de la séparation de biens, « notamment pour la contribution de la femme aux charges du « mariage » (art. 214). L'art. 213 fixe les *biens réservés par la loi*, ce sont : « Les effets personnels à l'usage exclusif d'un des « époux ; les économies de la femme ; les biens de la femme qui « servent à l'exercice de sa profession ou de son industrie ; le « produit de son travail. »

Terminons cette partie par la mention du *registre matrimonial*, sur lequel doivent être inscrites, pour être opposables aux tiers, les conventions matrimoniales, les décisions qui s'y rattachent, et même les changements que les époux peuvent leur faire subir, — la règle de l'immutabilité n'étant pas admise dans l'avant-projet. Les garanties contre la dissimulation des conventions ou les changements de domicile des époux sont fournies d'une façon très ingénieuse par l'art. 221 : « L'inscription a lieu « sur le registre du domicile du mari. Elle devra être renouvelée « dans chaque arrondissement où le mari transportera son domi- « cile. L'inscription précédente devient de nul effet six mois « après le changement de domicile. »

La deuxième partie du 2e livre, *des parents*, traite, dans le titre 7e, des enfants légitimes, de la légitimation et de l'adoption avec leurs effets, de la puissance paternelle et des droits des père et mère sur les biens de leurs enfants.

La filiation illégitime fait l'objet du titre 8e ; et le titre 9e est, sous la rubrique *de la famille*, consacré aux règles de l'*assistance*, de l'*autorité domestique* avec les responsabilités du chef de famille, et de la *constitution*, par fondation et par fidéicommis (art. 362), *des biens de famille*, au nombre desquels l'*asile de famille*, bien dont l'organisation rappelle l'*Homestead* des Etats-Unis, qui est inaliénable et insaisissable et doit, pour sa constitution régulière, *être inscrit au registre foncier*. Il serait trop long de donner ici une analyse même succincte de ces titres, dont les

dispositions ne s'écartent pas, en somme, des principes généralement mis en pratique.

Nous croyons, toutefois, devoir appeler l'attention sur l'art. 334, qui admet la recherche de la paternité, et donne une action formelle à la mère et à l'enfant. L'art. 335 fixe, pour intenter cette action « un délai de trois mois, à partir de la naissance de l'en- « fant » et ajoute de suite « qu'elle ne pourra l'être, après ce « délai, qu'en cas de retard dûment justifié ». D'après ce texte, on pourrait se demander si un délai fixé a pu vraiment être imposé à l'enfant, et comment il faut entendre la loi à son égard. Les renseignements, que nous avons puisé, à la source la plus autorisée, nous semble pouvoir résumer ainsi la portée de l'art. 335 : cet article admet le principe du retard, pourvu qu'il soit « dûment justifié »; le jeune âge de l'enfant, l'impossibilité où il se trouvera (comme sa mère) d'intenter l'action — ignorance, incapacité, dol, manœuvres, — tous les événements et les faits quelconques peuvent être invoqués pour justifier du retard et rendre l'action recevable. *Le juge appréciera.* C'est là un pouvoir sur l'étendue et la gravité duquel il serait superflu d'insister, car la loi lui donne un tâche bien délicate et une responsabilité particulièrement lourde, dans une matière où la vérité est si difficile souvent à découvrir. Notons cependant que l'art. 347 porte que « le juge ne peut déclarer la paternité du défendeur « que si ce dernier a promis le mariage à la mère, ou si elle a « été victime d'un acte criminel ou d'un abus d'autorité de la « part du défendeur ». Reste à voir si la jurisprudence restera dans ces limites déjà bien larges pour l'interprétation des faits, limites auxquelles l'art. 349 ajoute la non-recevabilité de l'action ou recherche « lorsque la mère menait mauvaise vie à l'époque « de la conception ».

La troisième partie du livre 2e contient les règles *de la tutelle* (organisation, administration et fin de la tutelle). Dans les art. 386 à 394, l'avant-projet pose des principes qui diffèrent un peu des nôtres. La première tutelle est la *tutelle publique*, et la tutelle ne peut être remise exceptionnellemeet à la famille que « lorsque cette mesure paraît justifiée par l'intérêt du pupille; « ainsi, pour la continuation d'une industrie ou d'une société

« commerciale » (art. 388), ce qui sera décidé par l'autorité de « surveillance, à la demande des deux plus proches parents « majeurs du pupille ». — « Le droit cantonal désigne les auto- « rités de tutelle de la commune, du district et du canton; il « détermine les compétences de l'autorité de surveillance et de « l'autorité tutélaire inférieure » (art. 387). — Les droits et les « devoirs de l'autorité tutélaire sont exercés par un conseil de « famille » (art. 389).

La curatelle est organisée, pour des cas plus nombreux et plus généraux que dans notre législation; elle peut être requise par tout intéressé, pour toutes les causes où la personne à mettre en tutelle (individu ou personne morale) est empêchée de participer à un acte juridique ou de gestion quelconque. A la différence de celle du tuteur, la nomination du curateur n'est publiée que lorsque l'autorité tutélaire le juge opportun.

IV.

Le 3e livre contient la législation *des successions*.

Les héritiers légaux (art. 484 à 491) sont très limités. Pas de succession collatérale, la ligne directe seule est admise; et du côté même des ascendants, la capacité d'héritier s'arrête aux grands-parents et à leur postérité, qui sont « les derniers héritiers « du sang » (art. 487). Les adoptés et ses descendants héritent de l'adoptant, mais il n'y a pas réciprocité.

Après ces héritiers directs, — sauf les droits des parents naturels (intégralité quand ils sont seuls, moitié quand ils sont en concours avec les héritiers légitimes du même rang : art. 488), et sauf les droits d'usufruit du conjoint (art. 489), — c'est l'Etat, canton ou commune, qui hérite.

La loi suisse ne paraît donc pas supposer un lien d'affection bien grand entre le *de cujus* et ses collatéraux; en tout cas, il doit manifester expressément ses volontés à leur égard.

Aussi, les dispositions du défunt, par donations ou par testament, sont minutieusement prévues et réglées dans le titre XIV, où nous relevons la validité des *substitutions* et des *fondations*, qui jouissent de la plus large liberté, pourvu seulement qu'elles

se renferment (comme les donations et legs) dans les limites de la quotité disponible.

L'ouverture de la succession, les effets de sa dévolution, le partage, les rapports, sont l'objet d'une partie spéciale qui termine le troisième livre.

V.

Le quatrième livre est intitulé : *des Droits réels*. Il est divisé en trois parties qui traitent : la première, *de la propriété;* — la deuxième, *des autres droits réels* (servitudes, charges foncières, usufruit, gage mobilier et immobilier, hypothèque mobilière et immobilière, choses sans maître, choses du domaine public, concessions hydrauliques et mines : ces derniers objets, rentrant dans les choses du domaine public, sont l'objet de règles très curieuses et très détaillées); — la troisième, *de la possession et du registre foncier*.

Ce livre est des plus importants et contient une innovation, que nous avons déjà vue dans le Code civil allemand de 1900, et qui présente le plus haut intérêt : c'est l'institution du *registre foncier*.

Le registre foncier a ses enthousiastes et ses détracteurs. L'an dernier, le Congrès de la propriété foncière s'en est longuement occupé. En France, les traditions semblent répugner à tout ce qui peut porter atteinte à l'organisation de la fortune territoriale, considérée, à juste titre, comme le premier fondement de la fortune nationale, plus certaine en tout cas dans ses éléments et moins fragile dans son avenir, que les valeurs mobilières, trop souvent à la merci d'un coup de Bourse brutal, quand il n'est pas en même temps criminel. De plus, l'adoption du registre foncier demanderait, tout d'abord, une nouvelle division, la réfection même du cadastre; et c'est là un travail tellement considérable qu'il relègue forcément à des temps éloignés une innovation si grosse de conséquences par elle-même. Finalement, il est sage d'attendre les résultats de cette innovation chez les autres et de ne pas oublier le précepte de notre vieux fabuliste : « A l'œuvre, « on connaît l'artisan. »

Examinons cependant, avec toute l'attention qu'elle mérite,

l'organisation du *registre foncier*, dans l'avant-projet du Code civil suisse.

Les auteurs de cet avant-projet ne se sont pas dissimulé les difficultés de son établissement et l'ont entouré de prescriptions protectrices, qui sont formulées dans les art. 993 et 994 : « Art. 993. L'immatriculation et la description de chaque « immeuble au registre foncier s'opère à teneur d'un plan offi- « ciel, dressé en général sur la base d'une mensuration géomé- « trique. Les plans peuvent être établis sans mensuration géo- « métrique pour les pâturages, allmends, marais, forêts et immeu- « bles semblables, qui seraient d'une étendue considérable. Le « Conseil fédéral arrêtera les règles à suivre pour le lever de ces « plans. — Art. 994. L'immatriculation et la description des « concessions hydrauliques portées au registre foncier s'opèrent « à teneur d'un plan officiel dressé par les cantons conformément « aux institutions du Conseil fédéral. » Le travail préparatoire devra influer, au premier chef, sur les applications du principe même de la loi ; et déjà le *titre final* contient l'indication que l'établissement du registre foncier pourra être différé avec l'autorisation du Conseil fédéral, « dans les cantons où il existe déjà « des mesures de publicité auxquelles on puisse assigner, en « les complétant peut-être sur quelques points, les fonctions du « registre foncier ».

Le registre foncier une fois établi, les droits immobiliers susceptibles d'y être inscrits sont les suivants : « La propriété ; les « servitudes et les charges foncières ; les droits de gage » (art. 1001). Pourront aussi être susceptibles d'inscription : certains droits personnels (péremption, réméré, baux), les indisponibilités, les mentions provisoires. Le registre sera public ; l'intéressé ne pourra donc jamais se « prévaloir de ce qu'il n'a pas « connu une inscription portée au registre » (art. 1012) ; car « le « conservateur du registre foncier, — dit l'article précédent, — « communiquera d'office aux intéressés toutes les opérations « auxquelles il procède sans qu'ils aient été prévenus ».

Quant aux immeubles qui seront immatriculés au registre foncier, ce sont, suivant l'art. 985 : « Les biens-fonds ; les droits « distincts et permanents, comme les concessions hydrauliques et

« les droits de superficie; les mines. Le mode d'immatriculation « des droits distincts et permanents, ainsi que des mines, sera « arrêté par le Conseil fédéral. » Ne sont pas immatriculés : le le territoire sans maître; les immeubles servant à l'usage public, à moins de droits réels au profit des particuliers. Un registre spécial est réservé aux chemins de fer servant à l'usage public (art. 986).

Cette sorte de *mobilisation* de la propriété immobilière a sa répercussion dans la transmission et la modification des droits dont elle est susceptible. La « cédule hypothécaire et la lettre de rente » (art. 826 à 853) transfèrent, comme un simple effet de commerce, les droits immobiliers et sont le titre du gage et de l'hypothèque grevant les biens fonciers; les « émissions d'emprunts » sur ces mêmes biens sont aussi faciles, et la loi les organise dans les art. 854 à 864. Par une assimilation logique, on connaîtra « l'hypothèque mobilière » (art. 884 à 889), le « prêt sur gages » (art. 890 à 901), les « lettres de gages » (art. 902 à 916), — qui seront constatées et garanties d'après les mêmes principes.

Telle est, dans ses grandes lignes et dans ses dispositions particulièrement novatrices, l'économie du 4e livre de l'avant-projet.

VI.

Le 5e livre traite *des obligations*, mais « il n'est ajouté au « texte de l'avant-projet que pour mémoire, par le seul énoncé « de ses titres et sous réserves de toutes les modifications ainsi « que de toutes les adjonctions qu'il conviendra d'apporter, « avant la promulgation du Code civil suisse, au droit des obli- « gations actuellement en vigueur ».

Indiquons seulement la division du livre en deux parties : la première consacrée aux *obligations en général* et la deuxième aux contrats, à la suite desquels figurent, dans des titres distincts, la société simple, la société en nom collectif et la société en commandite. Un titre spécial (le 51e) termine le livre et s'occupe « du registre de commerce, des raisons de commerce et autres « et des livres de comptabilité ».

VII.

Le titre final, *Conflit des lois et dispositions transitoires*, n'est pas encore rédigé; il ne le sera qu'après l'achèvement du travail de codification. Quelques indications sont données sur son contenu, divisé en trois chapitres : Conflits entre le droit national et le droit étranger (il règlera les questions de droit international et intercantonal privé); — conflits entre l'ancien et le nouveau droit; — dispositions transitoires.

VIII.

Dans son ensemble, l'avant-projet du Code civil suisse réglemente des matières qui, chez nous, appartiennent à des codes et à des lois différentes. Mais ce n'est pas là une critique que l'on puisse adresser à un travail dont la conception, la méthode et les principes mis en œuvre s'imposent à notre admiration par une harmonie due justement à l'unité des idées, des moyens et du but. En Suisse, la réunion dans un même code des prescriptions, — destinées à régir les personnes et les propriétés, les contrats et les obligations, de la façon la plus générale possible, — apparaît toute naturelle à ce pays, où les actes et les situations juridiques sont liés à l'institution de nombreux registres publics : registres des actes de l'état civil, registre matrimonial, registre de commerce, registre foncier, tels sont les organes fondamentaux de sa législation.

Ces instruments de la loi sont-ils l'avenir pratique des institutions juridiques? Nous n'avons pas à résoudre cette question, mais seulement à faire ressortir l'intérêt qu'il y a à les étudier et les horizons qu'ils nous ouvrent.

L'avant-projet, que nous venons d'analyser, s'appuie sur les registres publics pour assurer et sanctionner un grand nombre de ses prescriptions. Sur ces points spéciaux, comme sur les autres principes qui ont inspiré ses auteurs, il y a, dans la nouvelle législation de nos voisins, une mine inépuisable d'observations et d'enseignements.

LÉON ADAM.

BIBLIOGRAPHIE

Le nouveau Code de la brasserie,

par MM. H. Ferrand, avocat à la Cour de Paris, et Fr. Cambuzat, docteur en droit, ancien magistrat.

Compte-rendu par M. Henri Prudhomme, docteur en droit, juge d'instruction à Lille.

La loi du 30 mai 1899 et le décret rendu le jour même de sa promulgation, en exécution de l'art. 14 de cette loi, ont apporté dans le régime de la brasserie, sinon un bouleversement radical, comme on s'est plu parfois à le dire, du moins des modifications profondes. Tout en abrogeant la législation antérieure, la loi nouvelle lui emprunte plusieurs dispositions. Un commentaire s'imposait donc pour permettre aux intéressés de savoir quelles sont les innovations véritables, leur portée et sur quels points la jurisprudence ancienne demeure applicable.

MM. Ferrand et Cambuzat ont entrepris cette tâche, et ils ont apporté dans ce travail, sous une forme très concise (153 pages), les qualités de clarté qui font le succès de leur livre, en le rendant très utile. Leur livre se divise en neuf parties; après avoir rapidement indiqué l'historique de la loi et donné les définitions générales nécessaires, les auteurs étudient successivement les obligations du brasseur, le contrôle de la régie, les règles applicables au cas où la fabrication se fait par d'autres procédés que par l'emploi de l'orge, les droits à percevoir, les règles applicables à l'exportation, les pénalités, les dispositions transitoires, enfin, les dispositions spéciales aux octrois. Une table alphabétique très détaillée complète l'ouvrage et rend les recherches très faciles. Tous ceux qui ont à appliquer ou à subir la législation spéciale de la brasserie ont intérêt à consulter ce petit livre.

Henri PRUDHOMME.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. - Imp. F. Pichon, 24, rue Soufflot.

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE CRIMINELLE

Par M. Paul Cuche, professeur-adjoint à l'Université de Grenoble.

I. — La juridiction correctionnelle française est-elle compétente pour connaître de la poursuite pour délit d'adultère exercée contre un étranger ?

II. — La contrainte morale comme la contrainte physique peut-elle exonérer l'auteur d'un crime ou d'un délit de toute responsabilité par application de l'art. 64 du Code pénal ?

III. — La récidive spéciale de délit à délit, prévue et punie par l'art. 58, C. pén., suppose essentiellement un second délit de même nature que le premier.

IV. — L'aggravation de la peine résultant de la récidive est attachée à l'existence de la première condamnation qui constitue pour le condamné l'avertissement nécessaire, mais suffisant, encore que cette condamnation n'ait été ni subie, ni prescrite, si elle est définitive.

V. — L'envoi en correction ne saurait être prononcé à titre de peine contre un mineur de seize ans reconnu coupable d'un délit commis avec discernement.

VI. — Mendicité. — A. Le délit de mendicité suppose nécessairement l'intention coupable de provoquer la charité d'autrui.

B. Ne saurait être condamné pour delit de mendicité l'individu surpris par la gendarmerie au moment où il tirait la sonnette d'un hospice.

I.

La juridiction correctionnelle française est-elle compétente pour connaître de la poursuite pour délit d'adultère exercée contre un étranger (C. civ., art. 3; C. pén., art. 336 et 339)? *Dall. pér.*, 1900. 1. 401.

La réponse à une pareille question ne paraît pas douteuse un premier abord; c'est peut-être pour cette raison qu'on n'avait jamais songé à la poser devant les tribunaux, ainsi que le constate le conseiller rapporteur sur le pourvoi en cassation. Il est vrai que posée pour la première fois elle l'a été avec une certaine insistance (Trib. de la Seine, 11 fév. 1899; C. de Paris, 5 juill. 1899; Cass. 17 mai 1900). Jusqu'alors doctrine et jurisprudence semblaient d'accord pour établir la distinction suivante : l'adul-

tère peut donner lieu à une répression pénale par voie d'action publique dans l'intérêt de la société et à une action privée tendant au relâchement ou à la dissolution du lien conjugal par séparation de corps ou divorce, dans l'intérêt de l'époux outragé. Sans aucun doute les tribunaux français sont compétents pour la sanction pénale de l'adultère, car les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire aux termes de l'art. 3 C. civ.; quant à la question de savoir s'ils peuvent prononcer le divorce ou la séparation de corps entre époux étrangers, elle est diversement résolue par les auteurs, mais la jurisprudence et la majorité de la doctrine sont en faveur de l'incompétence. (V. notamment Dall. *Juris. gén.* supp. au Rép., v° *Divorce*, n°s 140 et suiv.)

Or il ne s'agit pas ici d'une action en divorce ou en séparation de corps, mais bel et bien de l'action publique fondée sur la violation des art. 337, 338 et 339 C. p. Dans l'espèce une femme étrangère, poursuivie sur la plainte de son mari étranger pour un adultère commis en France, déniait à la juridiction correctionnelle française le droit de prononcer contre elle une peine quelconque. Sa prétention était ingénieusement colorée de quelques arguments juridiques, mais son principal appui était une conception sociale particulière de l'adultère que je vais reproduire en la paraphrasant un peu.

L'évolution du droit pénal se résume dans une substitution progressive de la justice sociale à la justice privée, non pas seulement dans un intérêt de tranquillité et d'ordre publics, mais aussi sous l'influence de cette idée que la violation d'un droit individuel est une atteinte aux conditions d'existence de la société en même temps qu'à celle de la personne lésée. Il s'ensuit que la gravité sociale et collective des actes délictueux a de plus en plus absorbé leur gravité individuelle qui est passée au second plan, au point que la réparation du préjudice causé à la victime d'une infraction est aujourd'hui devenue le moindre souci de nos législations pénales. Cependant dans cette transformation des délits privées en délits publics, n'a-t-on point rencontré quelques obstacles. N'y a-t-il pas des délits privés qui ne peuvent être et ne seront jamais autre chose que des délits privés, l'État n'inter-

venant dans leur sanction que pour prêter main-forte à l'intérêt individuel resté dominant? C'est ce que soutenait le défendeur en ce qui concerne l'adultère. L'adultère est resté délit domestique, c'est avant tout une affaire de famille; la preuve en est dans l'impossibilité pour le ministère public de poursuivre sans une dénonciation du mari, dans le droit reconnu à celui-ci de faire cesser cette poursuite à toute hauteur de la procédure, et même d'arrêter l'effet d'une condamnation prononcée, dans la déchéance du mari du droit de mettre en mouvement l'action publique par sa dénonciation quand il est lui-même adultère. Cette dernière particularité est incompatible avec le caractère de délit public, car si la société est intéressée par un adultère simple, il semble qu'un double adultère doit être pour elle une cause d'alarme encore plus considérable et son impunité est absolument inexplicable.

Voilà la thèse sociale. Voici maintenant les conséquences juridiques : si l'adultère est une affaire de famille, les dispositions pénales qui l'atteignent ne rentrent pas dans le cadre des lois de police et de sûreté qui obligent tous ceux qui habitent le territoire; elles font partie du statut personnel, dès lors elles ne peuvent s'imposer qu'aux époux français et profiter qu'à eux seuls.

Le conseiller rapporteur a réussi sans grand effort à démolir cette pittoresque argumentation. La famille étant la base de la société, il n'y a pas d'atteinte à la constitution de la famille qui ne soit un crime contre la société. Ce qui donne à la répression de l'adultère cet aspect spécial, avec lequel le défendeur avait cherché à faire illusion, c'est que dans bien des circonstances il y avait à craindre que le remède ne fût pire que le mal et que la désorganisation de la famille ne fût plus complète et plus irrémédiable en appliquant une peine qu'en tolérant l'impunité. Voilà ce qui explique les hésitations de la justice sociale et le rôle important laissé au mari outragé dans le jeu de la répression. Ce n'est pas qu'on ait voulu sacrifier l'intérêt social à l'intérêt individuel et laisser à l'adultère le caractère de délit privé. On a simplement laissé juge de l'opportunité de la poursuite celui qui pouvait le mieux l'apprécier.

II.

La contrainte morale peut-elle, comme la contrainte physique, exonérer l'auteur d'un crime ou d'un délit de toute responsabilité par application de l'art. 64, C. pén.? (*Dall. pér.*, 1901. 1. 81.)

Cette question est déjà vieille, mais le jugement célèbre de Château-Thierry (*Dall. per.* 1899. 2. 329 et la note de M. Josserand; Sirey. 1899. 2. 1 et la note de M. Roux) et une discussion récente au sein de la Société générale des prisons (*Revue pénitentiaire*, déc. 1900 et janv. 1901) lui ont donné un regain d'actualité; aussi n'avons-nous pas à nous étonner que l'arrêt de cassation du 28 déc. 1900 qui nous occupe en ce moment soit longuement annoté par M. Le Poittevin, juge d'instruction au tribunal de la Seine.

Un mot sur l'espèce de l'arrêt. Il s'agit d'industriels Corses exploitant une forêt de leur pays et qui terrorisés par deux bandits, habitués du maquis, ont consenti à leur fournir dans leur exploitation une sorte de protection et de sauvegarde pour eux et les leurs. Poursuivis pour recel de malfaiteurs, ils sont condamnés à quatre mois de prison avec sursis par le tribunal de Corte, puis acquittés sur leur appel par la Cour de Bastia; enfin le procureur général de cette Cour ayant formé un pourvoi, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour de Bastia par ce motif que la contrainte morale subie par les prévenus n'était pas assez pressante pour faire disparaître complètement leur responsabilité.

Cette décision de la Chambre criminelle de la Cour suprême est tout à fait conforme à la jurisprudence qu'elle a adoptée en matière de contrainte morale. Elle admet bien que cette contrainte puisse être une cause de non responsabilité comme la contrainte physique, l'arrêt du 28 décembre 1900 le dit expressément (1), mais à une condition, c'est « qu'il n'ait pas été possible de lui résister », et la Cour se montre très rigoureuse dans

(1) « Mais attendu que si la contrainte morale peut, comme la contrainte physique, exonérer l'auteur d'un crime ou d'un délit de toute responsabilité pénale, etc.

l'appréciation des circonstances susceptibles d'opérer une contrainte morale exclusive de responsabilité, il faut que les faits établis par l'arrêt fassent ressortir avec évidence l'absence de liberté morale au moment de l'acte délictueux.

Cette jurisprudence me paraît critiquable à tous points de vue.

Qu'on me permette d'abord d'exposer une petite chicane de texte qui paraîtra quelque peu byzantine, mais à laquelle j'attache cependant de l'importance.

Le texte de l'art. 64 C. p. en parlant de la contrainte physique à laquelle on assimile par analogie la contrainte morale s'exprime ainsi « ou lorsqu'il (l'agent) aura été contraint par une force à laquelle *il n'a pu* résister ». L'arrêt que je viens de citer dit au contraire « à condition qu'il n'*ait pas été possible* d'y résister ». Ce ne sont pas les mêmes mots et j'estime que ce n'est pas non plus la même chose. Le texte paraît envisager l'efficacité de la contrainte *in concreto*. Il invite le juge à se demander si, pour l'inculpé qu'il a sous les yeux, et non pas pour un inculpé idéal, la résistance a été ou non impossible : il lui suggère l'idée d'étudier cette force de résistance dans la personne même du coupable, étant donné son âge, son sexe, son impressionnabilité ordinaire, les circonstances antérieures. Au contraire, l'expression employée par l'arrêt paraît viser l'efficacité de la contrainte envisagée *in abstracto*, en prenant comme terme de comparaison le type de l'homme courageux, quelque chose comme le type du bon père de famille transporté dans un autre domaine. Ce qui prouve que telle est bien la pensée de la Cour suprême, c'est le nombre si restreint des cas où elle reconnaît l'existence d'une contrainte morale entraînant l'impunité. Or je crois que le choix de ce criterium abstrait, outre qu'il méconnait les termes de l'art. 64, conduit la jurisprudence à tracer, sous l'inspiration du plus complet arbitraire, la ligne de démarcation entre les responsables et les non responsables.

D'autre part, la Cour de cassation, en se refusant à donner à l'art. 64 C. P. une interprétation plus large, rend indispensable l'introduction dans notre Code pénal d'une disposition relative à l'état de nécessité considéré comme cause exclusive de responsabilité, ainsi que l'a fait remarquer M. Saleilles à la séance de la

Société des Prisons du 19 décembre 1900 (*Revue pénitentiaire*, 1901, p. 73). Or cette disposition est extraordinairement délicate à formuler; si elle affecte l'aspect d'un principe général dont la mise en œuvre est abandonnée à la sagesse des magistrats, on s'inquiète des pouvoirs très étendus qui leur sont ainsi conférés; si on veut lui donner un caractère limitatif, on ne sait où s'arrêter dans le chemin de la précision et l'on se voit acculé, afin de n'omettre aucun cas de nécessité, à dresser une hiérarchie officielle des biens et droits qui permette de sacrifier les uns à la conservation des autres, suivant le degré qu'ils occupent dans l'échelle législative des valeurs. Toutes ces difficultés seraient évitées si la jurisprudence ne s'obstinait à ne reconnaître, comme cause de non-responsabilité, que la contrainte jugée exclusive de toute liberté morale : je dis jugée exclusive, car il n'y a en cette matière aucune certitude, on se leurre d'apparences. Comme l'a très bien souligné M. Roux dans sa note sous Sirey, citée plus haut, la nécessité peut laisser à l'agent une certaine somme de liberté; le délit nécessaire suppose même parfois une réflexion préalable, il ne peut donc s'abriter sous la protection de l'art. 64, tel que le comprend et l'applique la Cour de cassation. Supposons au contraire que l'application de ce texte s'élargisse, qu'on entende par contrainte *toute cause qui empêche de considérer un acte criminel commis par un individu comme une manifestation normale de son activité*, que cet acte paraisse émané plus ou moins spontanément de lui sous l'influence des circonstances extérieures, et vous aboutirez à faire de l'art. 64 une disposition très compréhensive qui embrasse la contrainte comme la nécessité. Pour moi, je n'aperçois aucune raison pour consacrer un texte distinct à chacune de ces causes de non-responsabilité et je suis ici tout à fait en opposition avec M. Roux. Qu'importe que la contrainte sous-entende privation de liberté et la nécessité au contraire jouissance possible de la liberté, au moins dans certains cas? Voilà des distinctions qui n'ont aucune valeur pratique, car sur le terrain des faits, il est impossible de mesurer et parfois même de constater scientifiquement la liberté. Dès lors à quoi bon deux dispositions législatives si leur champ respectif d'application ne peut être délimité? Il ne saurait être question

aujourd'hui d'adopter la liberté comme critérium répressif sans rendre entièrement inintelligibles les progrès de la science pénale dans le dernier quart du dix-neuvième siècle. Le seul critérium, c'est le danger social; révélé par l'examen du criminel, des circonstances de son crime, des motifs qui l'ont fait agir, de son passé, etc. Si on les envisage sous cet angle, il n'y a pas lieu de distinguer la contrainte de la nécessité dans les prévisions législatives.

III.

La récidive spéciale de délit à délit, prévue et punie par l'art. 58, C. pén., suppose essentiellement un second délit de même nature que le premier (C. pén., art. 58; L. du 26 mars 1891, art. 5). (*Dall. pér.*, 1900. 1. 353; Sirey, 1900, 1, 295.)

La récidive spéciale est une des conquêtes de la loi du 26 mars 1891, conquête très discutée il y a dix ans et de plus en plus discutable à l'heure actuelle. On sait d'ailleurs qu'elle a été le résultat d'une surprise et qu'elle s'est introduite dans la loi sous le prétexte d'une correction à apporter à une erreur matérielle de rédaction (V. Sirey, *Lois annotées*, 1891, p. 127, note 12). En organisant la récidive spéciale, soit dans la récidive de délit à délit déjà réprimée par le Code pénal, soit dans la petite récidive créée par son projet, le rapporteur de la loi du 26 mars 1891 au Sénat a cru faire un emprunt heureux aux théories de l'école d'anthropologie criminelle. Cet emprunt était prématuré : l'école italienne a été une grande semeuse d'idées, nous lui devons beaucoup d'aperçus nouveaux et féconds, qui de nos jours seulement se dégagent et se révèlent comme de solides assises scientifiques sous la couche épaisse et touffue des généralisations hâtives, des lois et des classifications improvisées qui les a d'abord recouvertes et comme submergées. C'est ainsi qu'on a cru pouvoir poser en principe que l'activité criminelle se répartissait et se spécialisait aussi nécessairement que l'activité productrice mais sous d'autres influences : de même que dans le domaine de l'activité productrice il y a une division du travail entre les différentes professions industrielles ou commerciales, de même dans celui de l'activité criminelle s'opère la spécialisation dans la même nature

d'infractions; il y a les voleurs, les escrocs, les meurtriers, les impudiques, les incendiaires. Les statistiques prouvent en effet qu'il y a plus de chance pour qu'un voleur commette un nouveau vol qu'un attentat à la pudeur. Cela s'explique par la tendance naturelle que l'on a à s'imiter soi-même dans les différents actes de sa vie, tendance qui au bout d'un certain temps crée l'habitude. L'école italienne a cherché une autre explication tout à fait conjecturale dans les données de l'anthropologie criminelle, elle s'est cru autorisée à associer certaines défectuosités anatomiques ou physiologiques avec la propension à commettre certaines infractions déterminées plutôt que telles autres. La parcelle de vérité que contient cette explication ne légitimait pas la conclusion beaucoup trop large qu'on en a tirée sous la forme de la théorie de la spécialité de la récidive. De ce que la récidive est plus fréquente dans la même nature de délit il ne s'ensuit pas qu'elle ne soit pas punissable quand le criminel a momentanément abandonné sa spécialité et qu'il a lâché le couteau pour la pince monseigneur ou réciproquement. Cela prouve tout simplement qu'il a plusieurs cordes à son arc et que la société doit se protéger plus rigoureusement contre lui, puisque son instinct criminel se traduit par des manifestations plus variées. S'il y avait à tenir compte de la récidive spéciale, ce serait, il semble, pour la punir moins que la récidive générale; le récidiviste spécial est moins dangereux pour la société puisqu'il ne connaît qu'un métier et n'en sort pas.

D'ailleurs la réglementation pratique de la récidive spéciale se heurte à d'insolubles difficultés dont l'arrêt qui nous occupe peut nous fournir l'exemple. La récidive pour être spéciale doit-elle consister dans l'accomplissement d'un nouveau délit identique au premier et compris dans la même définition juridique, ou bien suffira-t-il, pour qu'il y ait récidive spéciale, que la nouvelle faute soit du même genre que la première et rentre dans la même variété d'instinct criminel? Le législateur de 1891 comme celui de 1885 (loi du 27 mai 1885 art. 4) s'en est tenu à une solution intermédiaire destinée à ne satisfaire personne ni les juristes ni les criminalistes. Il a procédé par voie d'assimilation légale si bien que les délits non assimilés par la loi doivent être traités

comme des délits différents ne pouvant constituer les uns pour les autres le premier terme de la récidive. Encore cette assimilation restreinte ne s'est-elle pas faite sans protestation (V. Sirey, *Lois annotées*, 1891, p. 128, notes 14 et 15).

C'est ainsi que le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance, d'une part, la mendicité et le vagabondage, d'autre part, sont législativement considérés comme le même délit au point de vue de la récidive. Il en résulte qu'un délit qui est la manifestation du même penchant criminel que celui dont s'inspire le vol, l'escroquerie ou l'abus de confiance, mais auquel ne peut s'appliquer dans ses termes la définition juridique d'une de ces trois infractions, ne peut constituer à leur égard le second ou le premier terme de la récidive : le délit d'extorsion de sommes d'argent ne peut être assimilé à la tentative d'escroquerie (Dall. pér. 1891-2-297) et il a été maintes fois jugé — le présent arrêt est le dernier dans ce sens à ma connaissance — que la filouterie d'aliments ne saurait être assimilée au vol, car le vol c'est l'appréhension frauduleuse d'une chose contre le gré ou à l'insu du propriétaire, tandis que l'auteur d'un délit de grivèlerie s'est approprié des aliments qu'on lui a volontairement servis. Voilà à quelles inconséquences le législateur arrive quand il veut se mêler d'individualiser la peine au lieu de laisser ce soin aux seules autorités répressives qui peuvent le faire avec compétence, l'autorité judiciaire et l'autorité administrative.

IV.

L'aggravation de la peine résultant de la récidive est attachée à l'existence de la première condamnation qui constitue pour le condamné l'avertissement nécessaire mais suffisant, encore que cette condamnation n'ait été ni subie, ni prescrite si elle est définitive. (*Dall. pér.*, 1900. 1. 85; Sirey, 1899. 1. 201.)

Une autre innovation, bien moins critiquable de la loi du 26 mai 1891, a été de faire de l'état de récidive (au moins pour la récidive correctionnelle ou de crime de délit) un état temporaire et non plus permanent, comme il l'était auparavant. Il est parfaitement acceptable d'introduire en cette matière un délai après l'expiration duquel l'homme qui commet une nouvelle

faute ne risque plus de voir se dresser contre lui, comme cause d'aggravation, un passé coupable, il est vrai, mais déjà bien lointain : ce que l'on peut regretter dans la réforme opérée par la loi de 1891, c'est qu'elle ait choisi un délai trop court. Mais passons sur le reproche, ce n'est pas lui qui nous intéresse en ce moment.

L'existence d'un délai, la reconnaissance de l'état de récidive comme état temporaire une fois admise, quel va être le point de départ du délai? Est-ce le jour de la condamnation une fois devenue définitive ou le jour de la libération? J'entends la libération définitive aussi, une fois le temps de la peine expiré. Il y a eu sur ce point un revirement bien connu et assez récent dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Jusqu'au commencemencement de l'année 1898 (1), la Chambre criminelle avait décidé par de nombreux arrêts que le point de départ du délai de cinq ans, introduit par la nouvelle rédaction des art. 57 et 58 du Code pénal, était le jour de l'expiration de la peine ou de sa prescription. En décidant ainsi, la Cour suprême paraissait bien se conformer à l'interprétation littérale du texte de l'art. 57 que je crois utile de rappeler. « Art. 57. Quiconque ayant été condamné pour un crime à une peine supérieure à une année d'emprisonnement aura dans un délai de cinq années après l'expiration de cette peine ou sa prescription... etc. »

D'autre part, cette jurisprudence semblait impérieusement commandée par le simple bon sens. Pourquoi frapper plus sévèrement pour sa seconde faute un homme qui n'a pas subi la peine de la première? La condamnation à elle seule ne produit que des effets moralisateurs restreints. C'est l'application de la peine qu'il faut attendre avant de se prononcer sur la corrigibilité du délinquant. Le but de l'emprisonnement, c'est l'amendement, c'est aussi l'intimidation, avant donc de traiter un individu comme récidiviste, faites-lui subir sa peine, soumettez-le à un régime de relèvement moral et c'est seulement après l'expiration de cette peine que vous pourrez châtier plus sévèrement son obstination dans le crime manifestée par une nouvelle faute

(1) Arrêts du 18 fév. 1898 (*Dall. pér.*, 1898. 1. 201), et du 23 juin 18 (*Dall. pér.* cité à la rubrique).

(Voy. encore dans ce sens un arrêt de cassation du 25 fév. 1897. *Dall. per.* 1897. 1. 395; Sirey. 1899. 1. 201.)

Au point de vue rationnel, cette argumentation était, je crois, inattaquable, mais elle devait succomber sous le coup de nécessités pratiques.

Et d'abord le raisonnement en question suppose que la prison a une influence moralisatrice, que l'emprisonnement correctionnel produit des résultats conformes à son nom. Il n'a plus de base dans un pays comme le nôtre, où il est prouvé que la prison corrompt; la meilleure preuve s'en trouve justement dans la loi du 26 mars 1891 qui a cherché à en éviter le contact aux délinquants primaires dont la moralité ne semble pas encore compromise. Dès lors il devient parfaitement indifférent en pratique, au point de vue de l'aggravation des peines en cas de récidive, que la seconde faute ait été ou non commise après l'accomplissement de la peine prononcée pour la précédente. Bien plus, si l'on ne craignait pas le paradoxe, il faudrait punir moins sévèrement celui qui commet une seconde faute après avoir subi sa peine, que celui qui se fait reprendre avant de l'avoir subie, car le premier a certainement été corrompu par son séjour en prison et la société est responsable de l'avoir fait descendre un degré plus bas dans l'échelle de la moralité.

Ce n'est pas tout : le contexte de la loi du 26 mai 1891, — à défaut de ses travaux préparatoires qui sont muets sur la question, — ne paraît pas compatible avec la jurisprudence suivie par la Cour de cassation jusqu'en 1898, et cela à deux points de vue. Premièrement, l'art. 57 met sur le même pied l'expiration de la peine ou sa prescription. Or on n'aperçoit pas pourquoi un individu serait plus sévèrement puni quand il a commis une nouvelle faute le lendemain du jour où il a prescrit sa peine, que lorsqu'il l'a commise la veille. La prescription n'a par elle-même aucun effet moralisateur et s'il y avait une distinction à faire dans la sévérité de la répression en considération de la date du nouveau délit, elle serait plutôt en sens contraire. D'autre part, le mécanisme même de la condamnation avec sursis (art. 1 et 3 de la loi du 26 mars 1891) ne peut se combiner avec la fixation du point de départ du délai au jour de l'expiration de la

peine. Il n'y a pas ici de peine exécutée et cependant l'art. 3 de la loi sous-entend que l'aggravation pour cause de récidive est applicable à la peine encourue pour une seconde infraction.

Il en résulte que le délai doit partir du jour de la condamnation devenue définitive. Mais, comme d'autre part on ne peut pas le faire courir pendant que le condamné est en prison, car il n'a pas alors le mérite de sa bonne conduite, ni pendant la durée de la prescription afin de ne pas faire une faveur à celui qui se dérobe à l'exécution de sa peine, on est conduit à le proroger au jour de l'expiration de la peine ou de sa prescription. Ce qui est une solution assez bizarre au point de vue juridique, mais tout à fait digne d'approbation au point de vue social, car elle aboutit à maintenir l'état de récidive pendant cinq ans, plus la durée de la peine ou de la prescription, le délai se trouve donc allongé, nous ne pouvons que nous en réjouir, puisque nous le trouvions trop court.

V.

L'envoi en correction ne saurait être prononcé à titre de peine contre un mineur de seize ans reconnu coupable d'un délit commis avec discernement (*C.* pén., art. 66, 67, 68 et 69). (*Dall. pér.*, 1900. 1. 308.)

Cet arrêt n'a pas fait beaucoup de bruit, il n'a point tranché de controverse retentissante : il a simplement relevé et sanctionné une violation évidente de la loi que les juges avaient, sans aucun doute, commise avec conscience et dans le but de combler une lacune lamentable de notre législation pénale.

Une des tendances les plus accusées de la science répressive contemporaine, c'est de faire prédominer le caractère éducatif dans les mesures appliquées aux mineurs délinquants ; l'âge de la majorité pénale peut varier d'un pays à l'autre, mais tout le monde s'accorde pour reconnaître qu'avant cet âge il ne saurait être question d'une pénalité proprement dite. Tant que le caractère n'est pas formé, tant que les habitudes vicieuses n'ont pas encore pris de profondes racines, il serait souverainement injuste, et aussi souverainement maladroit, d'infliger à un adolescent une peine d'emprisonnement dont le seul résultat, dans l'état actuel

de notre régime pénitentiaire, serait de le transformer, à brève échéance, en un criminel endurci.

Si l'on accepte ce point de vue, et je crois que l'expérience l'impose, on est vivement frappé de l'incohérence des dispositions de notre Code sur la répression des mineurs. Le mineur acquitté pour avoir agi sans discernement, peut seul être envoyé en correction, au terme de l'art. 66; et son séjour dans la maison de correction, établissement d'éducation pénitentiaire, peut se prolonger jusqu'à l'accomplissement de sa vingtième année. A-t-il, au contraire, agi avec discernement, est-il condamné, — la plupart du temps ce sera pour un simple délit (art. 69), — on lui infligera une peine d'emprisonnement forcément courte, puisqu'elle est de la moitié de celle qui serait prononcée contre un majeur. A l'expiration de cette peine de quelques semaines ou de quelques mois, les portes de la prison lui seront ouvertes, il sera rendu à la liberté plus vicieux et corrompu que jamais, avec une flétrissure en plus; c'est dire que l'année ne se passera pas sans qu'il ait encouru une condamnation nouvelle. Il n'est pas possible de l'interner dans une maison de correction à l'expiration de sa peine, les art. 68 et 69 ne le permettent pas. Si bien que, de deux mineurs délinquants, c'est celui qui a le plus besoin d'une éducation réformatrice qui se trouve le moins protégé.

Frappés de cette inconséquence, le tribunal et la Cour d'Alger (arrêt du 12 mai 1898), se sont permis de prononcer, à titre de peine, l'envoi en correction contre un mineur coupable d'avoir agi en discernement. En ce faisant, ils escomptaient la réforme de notre Code pénal (art. 59 § 4 du projet, *Revue pénitentiaire*, 1893, p. 182), mais ils violaient ouvertement la loi. Le mineur prévenu qui se voyait condamné à un internement d'un an, tandis qu'il n'aurait dû être frappé, en fait, que de quelques mois de prison, s'est empressé de méconnaître les bonnes intentions de la Cour en formant un pourvoi qui devait nécessairement réussir. J'ai jugé intéressant de signaler cet essai un peu naïf de jurisprudence prétorienne. Je dis un peu naïf, car les magistrats ont un bien meilleur moyen d'éviter aux mineurs des courtes peines d'emprisonnement et de leur appliquer des mesures éducatrices de longue durée, c'est de ne jamais reconnaître le discernement

et d'acquitter toujours. Après tout, le discernement est-il quelque chose de si évident qu'on puisse affirmer son existence, et la satisfaction de consacrer à l'art. 66 et aux art. 67 et 69 un champ d'application respectif, doit-elle conduire leurs magistrats à laisser sans protection la catégorie de mineurs délinquants qui en a le plus besoin? Quand la loi renferme une disposition mauvaise, c'est déjà une bonne fortune de pouvoir éviter d'en faire l'application. Je serais donc d'avis qu'on acquittât tous les mineurs au-dessous de seize ans pour les confier aux maisons de correction qui ont fait, sans qu'on veuille s'en apercevoir, beaucoup de progrès, ou encore à des établissements privés de réforme et d'éducation. La sévérité de la répression n'y perdrait rien, car les jeunes délinquants redoutent beaucoup plus la maison de correction que la prison. Notre budget seul en souffrirait, car il est beaucoup plus cher d'élever et de nourrir un adolescent pendant trois ou quatre ans, que de le tenir entre quatre murs au régime de la prison pendant un mois ou deux. Il est à craindre que la raison d'économie ne soit ici la plus forte, car c'est elle qui a habituellement le dernier mot dans l'organisation de nos services pénitentiaires.

VI.

Mendicité. — A. Le délit de mendicité suppose nécessairement l'intention coupable de provoquer la charité d'autrui (C. pén., 274). (*Dall. pér.*, 1900. 2. 481.)

B. Ne saurait être condamné pour délit de mendicité l'individu surpris par la gendarmerie au moment où il tirait la sonnette d'un hospice. (C. pén., 274; Sirey, 1900. 1. 462 et 1899. 2. 246.)

A. — Il n'est pas de délit dont la réglementation soit plus délicate que celui de mendicité et de vagabondage. La répression qui les frappe a un caractère essentiellement préventif, on ne reproche au mendiant et au vagabond aucune atteinte à la vie ou aux biens de leurs semblables, tout au plus pourrait-on leur faire grief de troubler la paix publique par le sentiment d'inquiétude que leur présence fait naître dans les localités qu'ils traversent, surtout à la campagne, par l'indiscrétion qu'ils apportent dans leurs sollicitations, tirant sans vergogne toutes les sonnettes et montant tous les escaliers : peut-être enfin pourrait-on songer

à invoquer contre eux la nécessité de conserver aux places et rues un aspect propre et élégant que la vue de leurs haillons risque de compromettre, un peu comme dans certains cercles ou lieux de plaisir on ne laisse entrer que des gens bien vêtus. Toutes ces raisons réunies et en particulier la dernière ne suffiraient peut-être pas à expliquer qu'on ait fait de la mendicité et du vagonbondage un délit. La vérité est qu'on a voulu punir dans le mendiant et le vagabond bien moins des criminels que des candidats au crime. Les statistiques fournissant la preuve que les délinquants n'ont en grande majorité aucun moyen régulier d'existence, on a été amené dès lors à traiter en suspects tous ceux qui se trouvent manifestement dans cette situation, afin d'atteindre en eux non pas une criminalité en acte, mais une criminalité en puissance.

Tout cela est bien connu : mais dans la pratique que de difficultés d'application pour ces idées si simples et combien on tombe facilement dans l'arbitraire, surtout pour la répression de la mendicité, quand on veut donner à la société le droit de se défendre avant qu'elle ait été attaquée. Et d'abord pour qu'elle ait le droit de se défendre il faut qu'elle ne soit pas elle-même en faute : la pauvreté n'est pas un crime, dit-on; si, c'est parfois un crime social. Avant donc de réprimer la mendicité, il faut que l'Etat ait mis à la disposition des malheureux un moyen de ne pas tendre la main. C'est ce qu'a compris l'art. 274 qui déclare implicitement le délit de mendicité non punissable ou plutôt non existant quand il a été commis dans un lieu ou n'existe pas un établissement public organisé en vue d'obtenir à la mendicité. Je ne rappelle pas ici toutes les chicanes que la jurisprudence a cherchées aux mendiants à propos de l'application de ce texte.

D'autre part, non seulement la pauvreté n'est pas un crime, mais c'est un fait nécessaire et inévitable. « Il y aura toujours des pauvres parmi vous », a-t-il été dit, et cette parole n'a pas encore reçu de démenti. Je ne dis pas que l'existence des pauvres soit indispensable afin de permettre l'exercice de la charité, mais encore faut-il que la répression de la mendicité n'aboutisse pas à supprimer complètement « le plus beau geste qui soit au monde ».

Le tribunal correctionnel de Pont-Audemer (jugement du 8 juin 1900) paraît avoir trouvé par l'art. 274 du Code pénal une interprétation qui donne satisfaction à tous ces postulats. Le délit de mendicité consiste à faire naître par des sollicitations l'intention de donner chez une personne qui ne l'avait pas encore. Mais s'il est prouvé que cette intention libérale était antérieure à l'acte de mendicité, le mendiant n'a fait que répondre à une offre individuelle ou collective, il a accepté, il n'a pas demandé, c'est un donataire, ce n'est plus un delinquant. Supposez une personne charitable qui a l'habitude de porter ses aumônes au domicile des pauvres : il n'est pas question ici de délit de mendicité, à moins qu'on ne veuille obliger les pauvres à fermer leur porte aux visiteurs bienfaisants; mais voici que la personne en question tombe malade, elle ne peut plus faire ses distributions en ville et elle fait dire à ses pauvres de venir les recevoir à sa porte, est-ce que ce changement de procédé va faire naître le délit de mendicité? Assurément non. C'est probablement cette idée qui a suggéré au tribunal de Pont-Audemer de considérer comme élément constitutif du délit de mendicité la non-évidence de l'intention libérale antérieurement à la sollicitation A ma connaissance, c'est la première fois que cette conception nouvelle du délit de mendicité se trouve ainsi nettement formulée. Elle se trouvait à l'état embryonnaire dans un arrêt de la cour de Bourges du 30 avril 1896 (*Dall. per.* 1896. 2. 455) qui paraît bien décider *a contrario* que le délit de mendicité n'est pas punissable « quand l'aumône a été spontanément offerte et que rien n'a été fait pour déterminer le mouvement charitable ».

L'espèce jugée par le tribunal de Pont-Audemer était la suivante : il s'agissait d'une pauvre femme qui s'était rendue au domicile d'un manufacturier pour recevoir des secours qu'on avait l'habitude de lui distribuer mensuellement à jour fixe. L'intention libérale existait évidemment avant la sollicitation, et le tribunal a acquitté. Il a rendu d'ailleurs le même jour un second jugement dans le même sens pour une espèce identique à la première.

Dans l'espèce, la situation de la prévenue était d'autant plus favorable qu'elle était connue de ses bienfaiteurs et jugée par

eux dignes de sollicitude. Y aurait-il lieu de maintenir la même solution, c'est-à-dire de prononcer l'acquittement quand il s'agit de mendiants inconnus qui ont appris par ouï-dire que telle personne avait l'habitude de donner à sa porte tel jour et qui se présentaient au jour dit pour participer à la distribution. J'hésite à l'affirmer et je ne me laisse pas ici guider par des considérations juridiques plus ou moins inspirées du texte de l'art. 274 C. p. C'est au point de vue de la protection sociale que je me place uniquement : il est permis d'être assez sceptique sur l'utilité de ces distributions faites d'une façon anonyme et collective à tous les pauvres qui se présentent à tel jour et à telle heure, qu'ils soient connus ou non, domiciliés dans le pays ou de passage. On a fait remarquer que les établissements d'hospitalité de nuit, ceux notamment auxquels n'est pas annexé un atelier d'assistance par le travail, avaient eu l'inconvénient de multiplier le vagabondage, peut-être est-il à craindre que les distributions en question ne favorisent la mendicité. Aussi ne serai-je pas d'avis de déclarer d'une façon absolue l'art. 274 inapplicable aux mendiants, toutes les fois que l'intention libérale est antérieure à la sollicitation.

B. — La seconde décision relative à la mendicité que je me propose d'examiner nous engage dans un ordre d'idées complètement différent. Un pauvre sonne à la porte d'un hospice, on l'arrête à ce moment et il avoue qu'il avait sonné pour demander un morceau de pain. La Cour de cassation (arrêt du 15 avril 1899) et après elle en renvoi la cour de Bourges (arrêt du 18 mai 1899) ont décidé que le fait de sonner à une porte ne saurait être assimilé à une tentative du délit de mendicité. Ce n'est pas un commencement d'exécution. Les circonstances étaient très favorables au prévenu et en fait je crois que ces décisions ont été bien rendues. Supposons cependant l'espèce suivante : il ne s'agit plus d'un mendiant, mais d'un voleur muni de son attirail professionnel, fausses clefs, pince monseigneur, qui se présente à la porte d'un appartement, le croyant vide, il sonne par mesure de précaution : à sa grande stupéfaction on lui ouvre, il feint de demander un renseignement et redescend l'escalier. Il est arrêté et poursuivi pour tentative de vol : l'espèce s'est présentée il y a

douze à quinze ans devant les tribunaux, le jugement à ma connaissance n'a point été publié dans les recueils spéciaux. Oserait-on affirmer, avec la même assurance que dans l'espèce précédente, que le fait de sonner à une porte n'a par lui-même rien de caractéristique et ne saurait être considéré comme le commencement d'exécution d'un acte délictueux. Tout ceci prouve que la théorie de la tentative est encore à faire, ce dont personne ne doute. Il est puéril de vouloir limiter en cette matière le pouvoir d'appréciation du juge par une définition des actes d'exécution. Il y a des individus chez lesquels la résolution criminelle doit être punie dès qu'elle est clairement manifestée : il y en a d'autres au contraire que l'on a intérêt à considérer comme criminels le plus tard possible, alors que l'exécution du crime est certainement commencée. C'est assez dire que la répression de la tentative, comme toutes les institutions du droit pénal, doit s'éclairer de la distinction fondamentale entre les criminels d'habitude et les criminels d'occasion.

PAUL CUCHE.

DE LA COMPÉTENCE *RATIONE PERSONÆ* DES TRIBUNAUX DE COMMERCE D'APRÈS LE LIEU DE LA PROMESSE (Art. 420, C. proc. civ.) (*Suite et fin*). (1)

Par M. Georges FERRON, professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université d'Aix-Marseille.

§ II.

Qu'on parle indifféremment du *lieu du contrat* ou du *lieu de la promesse* lorsqu'il s'agit d'un contrat entre présents, cela n'a aucun inconvénient. Il n'y a qu'un lieu unique où se réalisent les deux manifestations de volonté, la pollicitation et l'acceptation. — Mais il n'en est plus de même lorsque le contrat se forme entre absents. — Tout d'abord, l'expression « lieu du contrat » correspond-elle à une réalité? Quelle que soit l'opinion que l'on adopte sur le moment où la lettre d'acceptation définitive produit

(1) Voir ci-dessus, page 236.

son effet, il est certain que les consentements se produisent dans deux endroits différents. La pollicitation part d'un point de l'espace pour aller se manifester dans un autre. Il en est de même de l'acceptation. Pourquoi le lieu du contrat serait-il plutôt le lieu de l'acceptation que celui de la pollicitation ou réciproquement? En matière de contrat par correspondance, il n'y a donc pas, à proprement parler, de lieu du contrat (1). — L'expression « lieu où le contrat devient parfait » semble plus nette; ou plutôt elle pourrait l'être, si l'on était d'accord sur le moment précis où la convention par lettres acquiert sa perfection. Mais on n'est pas d'accord, et d'ailleurs, en présence des résultats extraordinaires auxquels aboutissent toutes les théories proposées, du moins pour la solution de notre problème, il eût été prudent de se demander si la traduction du terme *promesse* par *perfection du contrat* n'était pas une trahison. Peut-être alors eût-on remarqué que la formule de l'art. 420 comportait une autre interprétation.

Pour en bien comprendre la portée, il me paraît nécessaire de rechercher, avant tout, sous l'influence de quelle idée le législateur a établi cette règle particulière de compétence. C'est un point que les auteurs ont peut-être trop négligé. La plupart d'entre eux ne s'en préoccupent pas; les autres ne donnent que des explications assez brèves : « Cette disposition, a-t-on dit, facilite « au demandeur la poursuite de ses droits en lui donnant l'option « entre trois tribunaux dont il choisira généralement le plus « proche (2). » C'est une simple constatation que personne ne peut dénier. Mais pourquoi le législateur favorise-t-il ici le demandeur tandis qu'il se préoccupe ordinairement du défendeur? Ce qui est une faveur pour l'un devient une défaveur pour l'autre. Pourquoi, d'autre part, le législateur donne-t-il compétence au tribunal du lieu de la promesse? Pourquoi surtout exige-t-il que le lieu de la promesse soit en même temps le lieu de la livraison? Autant de questions auxquelles il n'est point

(1) Cf. Despagnet, *Précis de droit international privé*, 3e édit., n° 299, p. 594.

(2) Garsonnet, *Traité de procédure*, 1re édit., t. I, n° 179, 2e édit., t. II, n° 483.

inutile de répondre. « Le but, disait Carré dans ses *Lois de pro-* « *cédure* (1), a été de favoriser le commerce par l'avantage « qu'offre au demandeur la faculté de choisir celui des trois « tribunaux désignés qui, selon l'ordre ordinaire des négociations « commerciales, lui semble devoir lui épargner, autant que pos- « sible, les inconvénients qui résulteraient de l'obligation de « poursuivre exclusivement son action devant le tribunal du « domicile du défendeur. » Favoriser le commerce, voilà des expressions bien vagues qui peuvent, en général, s'appliquer à toutes les dispositions de nos Codes touchant le droit commercial. Quels sont ces inconvénients qui résulteraient de l'application de la règle : *Actor sequitur forum rei?* Quels sont les avantages que retire le demandeur du choix qui lui est offert? Voilà ce qu'il eût fallu préciser. Si, en disant que le législateur a voulu favoriser le commerce, on entend qu'il a voulu activer la marche des procès entre les commerçants qui ont besoin, plus que tous autres, d'une prompte justice, c'est une appréciation erronée. Les lenteurs de la procédure peuvent tenir, soit à la multiplicité des formalités, soit aux délais de distance. Or les formes de procéder sont les mêmes devant tous les tribunaux de commerce. La durée du procès sera donc la même, qu'il se déroule à Paris, Lyon ou Bordeaux. Quant aux délais de distance, s'ils sont abrégés pour l'une des parties, ils sont par là-même allongés pour l'autre. De ce chef encore, on ne gagnera pas un jour.

Ce n'est donc point de ce côté qu'il faut chercher. L'intention du législateur nous est, me semble-t-il, révélée par l'origine de l'art. 420. On sait que cette disposition a été tirée presque textuellement de l'ordonnance de 1673 (tit. XII, art. 17). Mais il faut remonter plus haut pour en trouver la source; non point aux lois romaines, qu'on a citées quelquefois (2), mais aux édits et ordonnances réglementant les foires de Champagne et de Brie, aux treizième et quatorzième siècles, de Lyon au quinzième.

(1) Carré et Chauveau, *Lois de la procédure civile*, t. III, n° CCCXLVI, p. 516.

(2) V. Jousse, sous l'art. 17, tit. XII de l'ordonnance; Carré et Chauveau, t. III, p. 516, n° CCCXLVI; et l'arrêt de Chambéry du 8 juin 1877 précité D. 78. 2. 113; S. 77. 2. 252).

Parmi ces textes, il en est un particulièrement intéressant. C'est l'art. 24 de l'ordonnance du 6 août 1349 qui détermine la compétence des *gardes des foires, custodes nundinarum*, officiers royaux chargés de la police et de la juridiction (1) : « Nous « voulons et ordonnons que tous marchants et fréquentants les« dictes foires soient subjects et justiciables desdictes gardes et « à icelles gardes appartienne la cour, cognoissance et juridiction « d'iceux marchants et fréquentants, des cas et contracts faicts et « advenus esdictes foyres... (2). »

Le but de cette disposition est facile à préciser. Nous sommes en présence d'une mesure de protection pour les uns, de précaution à l'égard des autres. On sait quelle fut, au déclin du moyen âge, l'importance de ces énormes rendez-vous d'affaires où l'on venait trafiquer de tous les coins de l'Europe. Le grand nombre des transactions qui s'y opéraient ne pouvait pas aller sans quelques différends. Comment et par qui ces différends devaient-ils être réglés? Fallait-il que le marchand, qui croyait avoir à se plaindre de son co-contractant, le laissât partir pour une contrée peut-être très éloignée, et subissant les conséquences de la règle : *Actor sequitur forum rei*, allât l'assigner au tribunal de son domicile? Étant donné la difficulté des communications à cette époque, c'eût été l'impunité assurée pour toutes les fraudes, pour tous les manquements aux conventions librement consenties. Exiger du Flamand qu'il vînt plaider contre le marchand italien à Florence, Pise ou Lucques, c'était lui refuser toute justice. De là l'établissement d'une juridiction spéciale des foires et la compétence qui lui est attribuée. Les gardes connaissent de *tous les cas et contracts faicts et advenus auxdicts foyres. Tous marchants et fréquentants sont subjects et justiciables de leur juriditcion.* Qu'est-ce à dire, sinon que les marchands français ou étrangers qui viennent traiter en foire consentent par avance tacitement à sou-

(1) V. sur les gardes des foires de Champagne et de Brie, Glasson, *Les juges et consuls des marchands*, dans *Nouvelle Revue historique*, 1897; et surtout l'excellente monographie de M. Huvelin, *Essai historique sur le droit des marchés et foires*, chap. XV, p. 383 et suiv.

(2) V. le texte, dans Pierre Rebuffi, *Ordonnances, lois, édictz*, Lyon, 1559, t. II, p. 116 et dans Isambert, *Recueil des anciennes lois*, t. IV, p, 554.

mettre leurs litiges à ce tribunal spécial, qu'ils *élisent tacitement domicile* dans la ville où se tient la foire. Forcer le marchand à plaider dans le lieu où il est venu faire ses offres, offres de vente, offres d'achat, tel est donc, évidemment, l'esprit de l'ordonnance de 1349 (1).

Cet esprit se retrouve dans un passage de l'ordonnance de 1462 par laquelle le roi Louis XI, confirmant les foires de Lyon, accorde aux marchands qui les fréquenteront tous les privilèges et droits dont ils jouissent aux foires de Champagne et de Brie, et établit comme conservateur et gardien desdites foires le bailli de Mâcon. « Pour ce que durant lesdictes foyres se pourraient mouvoir questions et débats entre nos officiers et les marchants qui fréquenterayent lesdictes foires, comme de marchants à marchants et de partie à partie, Nous, pour *obvier auxdicts débats, questions et procès et y mettre briesve fin*, avons ordonné et establi, ordonnons et establissons par cesdictes présentes, conservateur desdictes foyres notre baillif de Mâcon, sénéchal de Lyon ou son lieutenant présent et advenir (2). »

Mais l'idée apparaît encore bien mieux dans l'ordonnance de

(1) Il n'est pas rare de voir les ordonnances de nos anciens rois inspirées par deux ordres de considérations qui n'ont entre elles qu'un rapport très indirect. C'est, par exemple, un fait bien connu, que la plupart des ordonnances et édits sur les insinuations et les différentes tentatives de la royauté pour établir en France la publicité des mutations immobilières avaient pour but, non seulement de protéger l'intérêt des tiers, mais aussi de fournir des fonds au Trésor, par le prix des nouvelles charges qui étaient ainsi créées. V. Larnaude, *Étude sur la publicité des donations*, thèse Paris, 1876, p. 124; Besson, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, p. 69; G. Ferron, *Étude sur la publicité des droits réels immobiliers*, thèse Bordeaux, 1897, p. 89 et 94. De même, en notre matière, il est possible que l'ordonnance de 1349 et les autres dispositions analogues, qui donnent compétence dans les foires à un officier du roi, aient eu également pour but de maintenir très strictement l'ancien principe : « La juridiction des foires émane du seigneur ou du roi », et d'empêcher tout empiétement de certaines juridictions particulières organisées par les corporations marchandes pour statuer sur les difficultés entre leurs membres. V. Huvelin, *op. cit.*, p. 396. — Mais cette idée n'est point exclusive de celle que j'ai indiquée.

(2) Le texte se continue ainsi : « ... auquel nous avons donné et donnons par ces dictes présentes pouvoir, autorité et commission de juger, déterminer sans long procès et figure de plaids... tous les débats qui se pour-

février 1535. François Ier y rappelle que le conservateur et gardien des foires de Lyon a été établi pour connaître des « débats, questions et procès qui se sont meuz entre tous marchants fréquentant lesdictes foyres pour faict de marchandise ou autre faict de foyre ». Il confirme et augmente même la compétence de cette juridiction spéciale, et il nous en donne les motifs. C'est pour éviter que les *créditeurs* qui veulent recouvrer leurs dettes, ne soient « contraincts... aller ou envoyer en plusieurs et divers lieux où leurs débiteurs font leur résidence, à les faire appeler par devant leur juge ordinaire où ils ne peuvent avoir prompte et briesve justice... Par quoy lesdicts créditeurs souventes fois pour obvier aux grands fraiz qui leur faudrait faire, délaissent leurs dictes debtes »... En conséquence, l'ordonnance porte que pour toutes « debtes et contracts faicts et passés sous les soubmissions et rigueurs des privilèges desdictes foyres pour devoirs et marchandises ou autre faict de foyres... par les marchants fréquentant icelles ou leurs facteurs, serviteurs et compagnons, »... les créditeurs pourront faire *adjourner*, *convenir et contraindre* leurs débiteurs par devant ledit juge et conservateur des foyres... « nonosbtant quelconque incompétence que lesdicts débiteurs sachent alléguer, et qu'ils soient résidents domiciliés et faisant leurs demeurences en nos autres pays et provinces et des autres ressorts et parlements du royaume (1) ».

raient mouvoir entre nosdits officiers et les marchants fréquentant lesdictes foyres et durant le temps d'icelles... » — Se basant sur ces derniers mots, M. Glasson (article précité de la *Nouvelle Revue historique*, 1897, p. 6), indique que le bailli de Mâcon, sénéchal de Lyon, conservateur de la foire, n'avait compétence que pour les procès entre les officiers royaux et les marchands. C'est une affirmation au moins contestable. Il ne faut pas, en effet, considérer seulement la dernière partie du paragraphe; à le lire dès le début, on voit bien que l'autorité se préoccupe à la fois des questions et débats entre officiers et marchands, et des procès de marchands à marchands, de partie à partie. C'est pour mettre fin à ces procès, débats et questions que le roi établit un gardien de la foire et lui attribue juridiction. Aucun doute d'ailleurs ne peut subsister si l'on rapproche de l'ordonnance de 1462, celle de 1535, spécialement relative à la compétence du conservateur des foires.

(1) V. le texte dans Rebuffi. *op. cit.*, t. II, p. 111, et dans Isambert, *Anciennes lois franç.*, t. XII, p. 496.

Avec les siècles, le commerce change d'allure. Le commerçant devient plus sédentaire ; l'importance des foires diminue pendant que se créent les bourses de commerce, et les juridictions des foires font place aux tribunaux consulaires (1). Mais l'idée persiste : éviter à ceux que le marchand est venu solliciter l'inconvénient d'aller le chercher au loin pour obtenir justice, en lui imposant une élection de domicile. Cette idée inspire évidemment la déclaration du roi du 28 avril 1565 aux termes de laquelle les juges et consuls des marchands de la ville de Paris reçoivent compétence pour tous les litiges « quant à la marchandise « vendue ou achetée, ou *promise livrer* et paiement pour icelle « destinée à faire en ladite ville par les marchands en gros et « détail tant habitants de ladite ville qu'autres juridictions (2). » Il n'y a pas à s'y méprendre : par le seul fait qu'un marchand accomplit ou promet d'accomplir dans une ville (Paris pour la circonstance), une opération juridique, vente, achat, livraison, paiement, il se soumet par là même à la juridiction du lieu.

N'est-il pas naturel de penser que les mêmes considérations expliquent la disposition de l'ordonnance de 1673 reproduite par notre art. 420? Ce que le législateur a donc voulu, c'est que le marchand qui va traiter au dehors, qui élargit le cercle de ses affaires en supprimant pour ainsi dire les distances, puisse être assigné non seulement devant le tribunal de son domicile réel, c'est la règle commune, mais encore devant le tribunal du lieu dans lequel il a tacitement fait élection de domicile en venant y proposer un marché (3).

Il est vrai que les rédacteurs de l'ordonnance se sont montrés

(1) Sur l'établissement des juridictions consulaires, et sur les rapports de filiation entre ces tribunaux et les tribunaux des foires, V. la thèse de M. Fr. Morel, *Les juridictions commerciales au moyen âge*, Paris, 1897.

(2) Néron et Girard, *Recueil d'Edits et ordonnances*, t. I, p. 440, et Isambert, *op. cit.*. t. XIV, p. 179.

(3) « Il semble, avait déjà dit Bourbeau, le continuateur de Boncenne, que partout où le commerçant étend le réseau de ses spéculations, il prenne possession du lieu où ses relations s'établissent, et qu'ayant le monde pour patrie, le commerçant se crée un domicile de circonstance dans tous les lieux où ses actes ont laissé des traces de leur passage. » — Boncenne et Bourbeau, *Théorie de la Procédure civ.*, t. VI, p. 150.

plus sévères en ce qui touche les circonstances d'où l'on peut inférer cette élection de domicile. Ils n'ont pas considéré comme suffisant que la promesse fût faite dans un lieu pour donner compétence à la juridiction de ce lieu, ils ont encore voulu que la livraison y fût effectuée. Mais, cette exigence mise de côté, l'interprétation à donner à l'ordonnance de 1673 et, per suite, à l'art. 420 du Code de procédure civile, découle tout naturellement de leur filiation historique. Par le but qu'a poursuivi le législateur, nous pouvons déterminer le sens exact des mots : *arrondissement dans lequel la promesse a été faite*; il ne s'agit pas du lieu où le contrat s'est formé, est devenu parfait, mais du lieu où l'offre a été présentée. La promesse, c'est la manifestation de volonté de celui qui propose la convention; le lieu de la promesse, c'est le lieu où cette volonté s'est manifestée en venant solliciter le consentement de l'autre partie.

Appliquons ces idées au contrat par correspondance, et nous en voyons apparaître tout de suite les conséquences : si le lieu de la promesse est le lieu où l'offre a été présentée, peu importera que la lettre d'acceptation produise son effet au moment de son expédition ou de sa réception; qu'on adopte telle ou telle théorie sur la perfection du contrat, cela ne pourra plus faire varier la compétence, parce que cette compétence est déterminée uniquement par la lettre d'offre : le lieu de la promesse sera le lieu où aura été adressée la lettre contenant la proposition du marché. Peu importera également le nombre des lettres échangées. Que l'acceptation définitive émane de la partie à laquelle l'offre a été faite, ou de l'auteur même de la pollicitation, qui, en adressant une proposition incomplète, a suscité une offre sur un des éléments particuliers du marché, le tribunal compétent sera toujours le même, parce que la présentation de l'offre dans un lieu déterminé est un fait que les événements postérieurs ne peuvent effacer (1).

La solution est simple; elle évite toutes les difficultés auxquelles viennent se heurter les autres systèmes; elle est, en

(1) Je laisse ici de côté, pour y revenir dans un instant, l'hypothèse dans laquelle le destinataire de l'offre y répond par une offre différente, une contre-proposition.

même temps, logique et équitable. En l'absence de ce puissant mécanisme social qu'on appelle la Poste, comment les choses se passeraient-elles? Le pollicitant devrait se transporter par lui-même ou par un mandataire au domicile de la personne avec laquelle il désire contracter; c'est là que la proposition serait débattue, qu'interviendrait l'acceptation. Dans tous les systèmes, c'est là que serait le lieu de la promesse. La solution doit-elle être modifiée parce que l'offre a pu être présentée sans déplacement?

Cette interprétation n'est pas seulement commandée par les précédents historiques, la logique et l'équité, elle est en harmonie avec le texte même de la loi. Il est à remarquer tout d'abord, je l'ai indiqué plus haut, que le mot *promesse* dont s'est servi le législateur n'est point synonyme du mot *contrat*. Une promesse n'est qu'une manifestation unilatérate de volonté, tandis que le contrat suppose l'expression d'un double consentement. C'est Jousse qui, dans son commentaire sur l'ordonnance, a, le premier, fait cette confusion, devenue traditionnelle. Seulement on n'a pas observé qu'il légitimait ainsi, par une mauvaise raison, une solution très juste en elle-même, et qui correspond à celle que je viens d'énoncer : « Quand un marché se fait par lettres « entre deux négociants, disait-il, le lieu où la promesse a été « faite est celui du domicile du marchand qui accepte le « marché. » Donc pour Jousse, le lieu de la promesse était bien le lieu où l'offre avait été adressée. Il est vrai que le commentateur ajoutait : « Parce que c'est cette acceptation qui accomplit « la convention. » Mais cette explication, contenue dans une incidente, n'aurait pas dû faire oublier la proposition principale. C'est cependant ce qui est arrivé. Tous ceux qni ont écrit après Jousse, répétant sa formule vicieuse, malgré les inconvénients et les discussions qu'elle entraînait, ont traduit lieu de la promesse par lieu du contrat, lieu où le contrat est devenu parfait, sans voir qu'ils se mettaient ainsi en contradiction avec la disposition de l'ordonnance et du Code de procédure.

Les textes parlent du lieu où la promesse a été faite; il faut s'en tenir là. Mais une objection se présente tout naturellement à l'esprit. Les opérations commerciales sont presque toujours des contrats synallagmatiques; or, dans les conventions de cette nature,

chacun des contractants s'engage envers l'autre. Nous nous trouvons donc en face d'une double promesse, et le législateur ne parlant que de « *la promesse* », il faut choisir entre l'engagement du pollicitant et celui de l'acceptant. Pourquoi opter pour le premier plutôt que pour le second? Ne pourrait-on pas dire que *la promesse* est l'acceptation de la partie à laquelle le contrat a été proposé? Dans le langage juridique on oppose volontiers le stipulant au promettant. Le lieu de la promesse serait ainsi le lieu où l'offre a été acceptée. — Cette formule, employée par quelques arrêts (1), comme celle que j'ai proposée, présente l'avantage d'écarter la question si délicate de la perfection du contrat; il faut même reconnaître que, dans la plupart des cas, elles aboutissent pratiquement l'une et l'autre aux mêmes résultats : généralement, en effet, l'acceptation est envoyée du lieu même où les offres ont été adressées, c'est-à-dire du domicile de l'acceptant. Il faudrait cependant bien se garder de croire que les deux solutions sont équivalentes, et il est des hypothèses où il y a grand intérêt à faire choix de l'une ou de l'autre. — Il ne faut pas oublier tout d'abord que l'acceptation définitive d'un marché émane quelquefois de celui qui l'a proposé. Faire dans ce cas du lieu de l'acceptation le lieu de la promesse, c'est favoriser l'instigateur du marché, contrairement à l'esprit de l'art. 420, c'est faire varier la compétence suivant la forme donnée à la pollicitation, c'est retomber en un mot dans les difficultés que nous voulons éviter. — Mais, même dans l'hypothèse très ordinaire d'une offre suivie d'une acceptation pure et simple, il peut ne pas être indifférent d'interpréter le mot promesse par pollicitation ou par acceptation. Supposons une offre faite par un commerçant de Bordeaux à un commerçant de Toulouse. Ce dernier a répondu pour accepter, non de Toulouse, siège principal de ses affaires, mais de Marseille où il a une succursale, et où il se trouvait momentanément. L'auteur de l'offre pourra-t-il être assigné à Marseille où d'ailleurs les marchandises ont été livrées. Oui, si le lieu de la promesse est le lieu de l'acceptation. — Si nous déci-

(1) Lyon, 1er juin 1857 (D. P. 58. 2. 20); Caen, 15 juin 1871 (D. P. 72. 5, 111); Poitiers, 21 janv. 1891 (D. P. 92. 2. 249).

dons au contraire que le lieu de la promesse est le lieu où l'offre a été adressée pour solliciter le consentement de l'autre partie, le tribunal de Marseille n'est plus compétent bien que les marchandises aient été livrées dans son ressort, parce que la promesse a été faite à Toulouse. Entre les deux solutions, il me semble qu'au point de vue rationnel, il n'y a pas à hésiter. En adressant son offre à Toulouse, le proposant s'est par là même soumis à la juridiction de ce lieu. Peut-il dépendre de l'autre partie de modifier cette élection tacite de domicile, d'empirer les conditions du contrat, en donnant son acceptation dans le ressort d'un autre tribunal? Décider ainsi ce serait mettre l'un des contractants à la merci de l'autre.

C'est donc bien de la promesse du pollicitant qu'il faut tenir compte. Mais n'est-ce pas aller trop loin, dans la liberté de l'interprétation, que de traduire le mot *promesse* par *offre*, *pollicitation?* Sommes-nous toujours d'accord avec le texte? A cette objection je trouve une réponse péremptoire dans un passage de Pothier : « Le contrat renferme le concours des volontés de deux personnes dont l'une promet quelque chose à l'autre et l'autre accepte la promesse qui lui est faite. *La pollicitation est la promesse qui n'est pas encore acceptée par celui à qui elle est faite : Pollicitatio est solius offerentis promissum L. 3, ff, De pollicit.* (1). » Voilà le langage traditionnel que notre ancien droit a emprunté aux jurisconsultes romains. Ne dirait-on pas que ces lignes ont été écrites pour servir de commentaire à notre disposition?

Non seulement les termes de la loi ne s'opposent pas à l'interprétation que j'ai proposée, mais, par son ensemble même, le texte de l'art. 420 prouve que c'est bien à la promesse de l'offrant que le législateur s'est référé. On ne niera point que le contrat commercial le plus usité soit le contrat de vente. On accordera également que, dans ce contrat, c'est le vendeur qui joue le plus souvent le rôle de pollicitant (dans la marche ordinaire des choses, il est plus difficile de placer ses marchandises que de s'en procurer d'autres : on trouve plus aisément des vendeurs

(1) Pothier, *Obligat.*, n° 4.

que des acheteurs). Dans ces conditions, il est tout naturel de penser que le législateur a visé l'hypothèse la plus usuelle; nous en avons d'ailleurs la preuve, d'abord dans les expressions dont il s'est servi (il parle de *marchandises livrées* et de *prix à payer*), surtout dans la comparaison des termes de l'ordonnance et du Code avec ceux de la déclaration de 1565 : le mot *promesse* correspond évidemment aux *marchandises promises livrer* de l'ancien texte. C'est donc bien un contrat de vente et la promesse d'un vendeur que la loi prévoit. Ceci admis, on s'explique parfaitement la suite des trois dispositions qui composent l'art. 420. Une vente commerciale a été conclue. On appliquera d'abord la règle générale : *Actor sequitur forum rei;* chacun des contractants pourra être assigné devant le tribunal de son domicile. Mais ce n'est pas suffisant. Le vendeur est allé au loin proposer sa marchandise : le législateur estime qu'il a consenti à élire domicile dans le lieu où réside l'acheteur. Toutefois, la présomption résultant de l'offre dans un lieu déterminé n'a pas paru suffisante aux rédacteurs de l'ordonnance et du Code : le vendeur ne sera censé avoir élu domicile dans le lieu où il a fait son offre que s'il a consenti en même temps à y livrer sa marchandise. Si l'acheteur a accepté de recevoir livraison au domicile du vendeur, la présomption n'existe plus. Telle est l'économie du 2e alinéa. Ce n'est pas tout encore. Lorsque l'acheteur a consenti à payer le prix dans un autre lieu que son domicile, contrairement à la vieille règle : *Toute dette est quérable*, le législateur présume de même qu'il y a eu élection de domicile, cette fois de la part de l'acheteur, et dans le lieu où le paiement doit être effectué. — Tout cela est en parfaite harmonie; l'art. 420 nous apparaît ainsi comme une application de l'art. 59 C. proc. civ. al. 1 et 9 : le défendeur peut être assigné au tribunal de son domicile réel ou élu, avec cette différence qu'en matière commerciale, l'élection de domicile peut résulter de certaines circonstances, sans avoir besoin d'être stipulée.

§ 3.

En se plaçant sur ce terrain, il est exact de dire que la détermination du lieu de la promesse est une question de fait et non

de droit. La Cour de cassation a donc, en réalité, bien jugé par ses arrêts des 6 août 1867 et 1er décembre 1875, réserve faite pour les motifs. Avec elle nous dirons que les juges du fond jouissent d'un pouvoir souverain d'appréciation. Mais leur appréciation devra porter uniquement sur le point suivant : quel est celui des deux contractants qui a fait l'offre et en quel lieu cette offre a-t-elle été adressée pour toucher l'autre partie? sans qu'ils aient à s'inquiéter de savoir à quel moment et, par suite, en quel lieu le contrat est devenu parfait.

Ce n'est pas à dire que la question ne présentera jamais de difficultés. En général, l'offre émanera de celui qui aura écrit la première lettre et le lieu de la promesse sera le domicile du destinataire. Mais il arrivera assez souvent que ce dernier n'acceptera pas le marché tel qu'il lui est proposé et demandera des conditions différentes. Sa lettre en réponse pourra constituer, suivant les cas, une contre-proposition, une nouvelle pollicitation. Parfois même, les conditions du marché seront discutées une à une, dans une volumineuse correspondance. Etant donné le contrat, tel qu'il aura été définitivement conclu, quel sera celui des deux contractants qui aura joué le rôle de pollicitant? Voilà la question, parfois très délicate, qu'il y aura lieu de résoudre, mais ce sera toujours une question de fait.

Et c'est bien en se préoccupant de cet élément de fait que les Cours d'appel se sont décidées dans les nombreuses affaires où le problème leur a été soumis. Nous avons remarqué qu'elles s'étaient divisées entre deux opinions. Or, lorsqu'on examine de près les espèces sur lesquelles elles avaient à statuer, on s'aperçoit que, si elles ont admis sur la perfection du contrat l'un ou l'autre des systèmes indiqués plus haut, ç'a presque toujours été en vue de faire triompher l'équité, en forçant l'auteur de l'offre, défendeur au procès, à venir plaider devant le tribunal du domicile de l'acceptant, c'est-à-dire devant le tribunal du lieu où il avait adressé ses propositions. La démonstration de ce fait sera la meilleure confirmation de la théorie qui vient d'être exposée.

Prenons d'abord, ce sont les plus nombreux, les arrêts qui ont consacré le système de la *déclaration* ou de l'*expédition*. Une circonstance commune se retrouve dans presque toutes ces déci-

sions. Elles ont été rendues dans des espèces où deux lettres seulement avaient été échangées entre les parties : la demande et la réponse, l'offre et l'acceptation (V. à cet égard les arrêts de Lyon, 1er juin 1857, D. 58. 2. 20; — de Rennes, 6 février 1873, D. 75. 2. 224; S. 73. 2. 261; — de Rouen, 28 février 1874, D. 77. 2. 222; — de Douai, 15 mars 1886, D. 88. 2. 37; — de Poitiers, 21 janvier 1891, D. 92. 2. 249 (1); — de Lyon, 12 avril 1892, D. 93 2. 324; — de Limoges, 2 mars 1894, D. 95. 2. 257). Existe-t-il une relation entre cette circonstance de fait et la solution donnée au problème de la perfection du contrat par correspondance? Le rapport est facile à saisir. Si deux lettres seulement sont intervenues, si le destinataire de l'offre y a répondu par une acceptation pure et simple, le tribunal compétent, avec le système de *la déclaration* ou de *l'expédition*, se trouve être, en fait, celui du domicile de l'acceptant; avec le système de *l'information* ou de *la réception*, celui du domicile du pollicitant. La première solution est évidemment préférable à la seconde, et les juges, masquant assez souvent sous des considérations doctrinales des raisons de pure équité, ont tout naturelle-

(1) L'espèce soumise à la Cour de Poitiers présente certaines particularités qu'il n'est pas sans intérêt de signaler. Des pourparlers avaient eu lieu à Tours entre un sieur Desjeux-Védie, habitant cette ville, et les sieurs Granger et Gareix de La Roche-Posay au sujet d'un marché qui, plus tard, donna lieu au procès. Mais les parties n'avaient pu s'entendre. Quelques jours après, Desjeux-Védie renouvela par lettre ses propositions, en mettant Granger et Gareix en demeure de les accepter ou de les refuser immédiatement. Granger et Gareix répondirent de La Roche-Posay qu'ils acceptaient. Quel était le lieu de la promesse? La Cour décida à bon droit que c'était la Roche-Posay; mais voici comment elle légitimait cette solution : « Attendu que, lorsque le marché a eu lieu par correspondance, la promesse est réputée faite et le contrat formé, non point au lieu où le marché a été proposé, et d'où l'offre est partie, mais dans celui où elle a été acceptée, et d'où est partie la lettre d'acceptation. » En décidant que le lieu de la promesse n'est pas *le lieu où le marché a été proposé*, la Cour de Poitiers semble repousser le système que je soutiens ici. Il n'en est rien. Ce que la Cour de Poitiers a voulu dire c'est qu'il n'y avait pas à tenir compte des pourparlers engagés à Tours, puisqu'ils n'avaient pas abouti. Je suis complètement de cet avis. Seule la formule employée me parait inexacte. C'est à la Roche-Posay que l'offre avait été adressée; c'est donc là que *le marché avait été proposé*.

ment penché vers la théorie qui, dans l'espèce donnée, aboutissait au meilleur résultat (1).

Cette tendance à tenir compte du rôle joué par les parties dans la conclusion du marché est encore plus sensible lorsqu'on examine les décisions qui ont consacré la théorie de *l'information*. La plus connue est cet arrêt de Bourges, dont nous avons déjà rapporté les termes (*supra*, p. 235). Voici les faits : « Les Srs Gillain, négociants à Paris, se proposant de faire des acquisitions de grains dans l'arrondissement de Clamecy, écrivaient, en janvier 1864, au Sr Fourrier, banquier à Clamecy, pour lui demander à quelles conditions il leur ferait des avances de fonds. Le 20 janvier, le banquier adressait sa réponse, et le 21, par une nouvelle lettre, les Srs Gillain acceptaient les conditions qui leur avaient été offertes. Des difficultés s'étant élevées plus tard sur l'exécution du marché, et le banquier ayant assigné ses clients devant le tribunal de Clamecy, un déclinatoire d'incompétence fut soulevé par les défendeurs, mais rejeté par le tribunal et par la Cour de Bourges. J'estime que c'était parfaitement jugé. Les défendeurs avaient eux-mêmes proposé le marché. Ils étaient venus par lettre solliciter le concours du banquier. Il était juste

(1) Par un arrêt du 15 juin 1871 (D. 72. 5. 111), la Cour de Caen s'est prononcée pour la théorie de la *déclaration* dans une espèce où trois lettres avaient été échangées, et où, par conséquent, l'acceptation définitive paraissait émaner de celui qui avait fait l'offre. Mais les motifs de l'arrêt nous montrent qu'il n'y avait là qu'une apparence : « Attendu que, dans l'espèce, la proposition d'Aron, contenue dans la dépêche du 14 janvier 1871, n'ayant pas été acceptée par Rallu frères est comme non avenue, que ces derniers y ont substitué une autre proposition qui a été agréée par Aron à Limoges... d'où il suit que c'est dans ce dernier lieu que la promesse a été faite. » C'est le cas de la contre-proposition dont je parlais plus haut. En réalité, sur trois lettres, deux seulement avaient servi à la conclusion du marché. Le destinataire de l'offre primitive était devenu le pollicitant.

Par contre, la Cour de Lyon a consacré la théorie de l'*information* dans une espèce où il ne paraît y avoir eu que deux lettres, une offre suivie d'une acceptation pure et simple (S. 1875. 2. 26). Je renonce à expliquer rationnellement cette décision dont la portée se trouve d'ailleurs singulièrement amoindrie par ce fait que la même Cour de Lyon, dans des circonstances absolument analogues, s'est, par deux fois, prononcée en sens inverse. (V. les arrêts du 1er juin 1857 et 12 avril 1892 précités.)

et conforme au but de l'art. 420 qu'au cas de litige, ce dernier pût les appeler devant le tribunal de son domicile. Mais une difficulté se présentait aussitôt. Le lieu de la promesse, d'après la formule classique, est le lieu où le contrat devient parfait. Or c'était par une lettre adressée de Paris à Clamecy que le marché avait été définitivement conclu, et, d'après la théorie généralement adoptée par la jurisprudence, le contrat devenant parfait au lieu d'où est partie la lettre d'acceptation définitive, le lieu de la promesse était Paris. La Cour de Bourges ne voulut pas se résoudre à consacrer ce qui, peut-être conforme aux règles de la pure déduction logique, était évidemment contraire aux règles de l'équité. La théorie ordinaire sur la perfection du contrat aboutissait, dans l'espèce, à une solution défectueuse. On s'en tira tout simplement en adoptant l'autre théorie et on décida que le contrat par lettres « ne se noue et ne constitue une obligation parfaite qu'à l'heure et au lieu où celui qui a fait la promesse reçoit la lettre d'acquiescement aux offres par lui faites. »

La Cour de Chambéry, par un arrêt du 8 juin 1877 (1), s'est prononcée dans le même sens. La raison en est encore facile à trouver dans les circonstances de fait qui caractérisent l'affaire : Un sieur Uzel, marchand de matériaux de construction à Valence, écrivait, le 29 octobre 1874, à Michard, fabricant de plâtre à Saint-Jean de Maurienne, pour lui demander de reprendre les relations qu'ils avaient eues précédemment. Le 30 octobre, Michard indiquait ses prix, et, à la suite de quelques explications échangées sur la qualité du plâtre et sur l'escompte, Uzel faisait, le 7 novembre, une commande qui fut aussitôt exécutée. Cette commande étant restée impayée, le vendeur assigna son client devant le tribunal de Saint-Jean de Maurienne. A cette demande, le défendeur répondit par une exception d'incompétence, basée sur ce que le lieu de la promesse n'était pas Saint-Jean de Maurienne, mais Valence, d'où avait été expédiée la dernière lettre qui avait parfait le contrat. Pour tous ceux qui, comme moi, pensent qu'il faut rechercher avant tout quel est l'auteur de l'offre, où cette offre a été adressée, il n'y avait pas à hésiter.

(1) D. 78. 2. 113; S. 77. 2. 252.

C'était l'acheteur qui avait sollicité du vendeur la reprise des relations commerciales. C'est de lui qu'émanait la pollicitation ou promesse adressée à Saint-Jean de Maurienne. Donc le déclinatoire devait être rejeté.

Ainsi le décida la Cour de Chambéry. Son arrêt est des plus curieux, non seulement par la solution adoptée, mais, et surtout, par les longs et intéressants motifs qui l'expliquent. Les juges d'appel y ont fait valoir deux ordres de considérations : les premières, purement théoriques, sont bien connues; c'est l'exposé du système de l'*information* dans toute son ampleur : « Attendu que la jurisprudence considère, en général, le lieu où « la promesse a été faite comme étant le lieu où le marché a été « définitivement conclu; mais que, dans le marché par corres- « pondance, la jurisprudence se divise entre le lieu d'où est « partie l'acceptation et le lieu où elle est arrivée à la connais- « sance du correspondant. — Attendu que cette seconde manière « de voir, déjà indiquée par les lois du Digeste 17, § 1, *Pro* « *socio*-2, § 6, *De donationibus*, consacrée, pour les donations, « par l'art. 932, C. civ., est la plus conforme aux principes du « droit; qu'une convention exige, non seulement le concours de « deux volontés, mais encore leur manifestation réciproque, et « que cette manifestation n'existe, pour chaque partie, que « lorsqu'elle lui arrive par les sens dans les conventions ver- « bales, par la réception de la lettre dans les marchés par « correspondance, etc., etc. » Voilà le côté doctrinal; mais est-ce bien pour ces considérations de théorie pure que la Cour de Chambéry s'est prononcée dans un sens opposé à la jurisprudence ordinairement suivie? Non! le véritable motif, le voici : « Attendu, d'ailleurs, qu'il y a, dans les termes de l'art. 420, « quelque chose qui semble indiquer que le lieu où la promesse « a été faite est le lieu où se trouve celui qui doit fournir; que « l'idée de ce lieu semble liée, dans l'esprit du législateur, à « l'idée du lieu où la fourniture a été faite, et que son intention « paraît avoir été de faciliter la poursuite à celui qui, placé au « lieu de ses marchandises, y a promis de les livrer, et les y a « livrées, de *ne pas l'obliger à courir après un acheteur à* « *domicile inconnu et quelquefois insaisissable*, qu'aussi, bien

« que dans la jurisprudence générale tirée du droit romain, le « *for* du contrat fût attributif de juridiction, et que, sous ce « point de vue, l'ordonnance de 1673, d'où est tiré l'art. 420, « eût pu plus naturellement parler du lieu du contrat ou du « marché conclu, le législateur *ne parle que de la promesse* « *faite sans mentionner l'acceptation* (1)... »

On excusera cette longue citation; elle était nécessaire pour montrer dans quel esprit les tribunaux ont tranché la question qui nous occupe. En apparence, ils cherchent à préciser le moment et le lieu où le contrat est devenu parfait; en réalité, comme je l'ai dit, ils s'inquiètent surtout du rôle joué par chacune des parties. La conclusion est, dès lors, facile à tirer : Si lorsqu'il s'agit de déterminer le juge compétent d'après le lieu de la promesse, on arrive, en prenant comme point de départ l'une des théories sur la perfection du contrat, à des résultats tantôt excellents, tantôt inadmissibles; si pour obtenir une solution logique et équitable en elle-même, on est obligé d'adopter tantôt un système, tantôt un autre, ne sommes-nous pas en droit de dire que le point de départ est faux, que le raisonnement contient une erreur dans les prémisses? L'erreur, je crois l'avoir démontré, consiste précisément à interpréter les mots *promesse* par *contrat*, *lieu de la promesse* par *lieu où la convention* est devenue parfaite. Traduisez *lieu de la promesse* par *lieu où l'offre est adressée, où la proposition a été présentée*, vous êtes d'accord avec le texte de la loi, avec les précédents historiques, avec l'équité, et vous supprimez les contradictions plus apparentes que réelles qui existent dans les décisions de jurisprudence. Une solution qui produit un tel résultat me paraît être la vraie.

(1) J'ai cité comme s'étant prononcé dans le sens de la *réception* ou de l'*information* un arrêt de Bruxelles du 25 février 1867 (D. 67. 2. 193). L'espèce dans laquelle il a été rendu était toute différente de celles que nous étudions. Une offre avait été faite par lettre et un certain délai accordé pour l'accepter. Suffisait-il que la réponse fût partie dans le délai, ou fallait-il qu'elle fût arrivée? C'était une simple question d'interprétation de volonté. La Cour de Bruxelles l'a résolue en fait, mais elle a cru devoir fortifier sa décision par cet argument : « Qu'en droit la vente par correspondance n'est parfaite que du moment où l'acceptation a été reçue par celui qui a fait l'offre. »

§ IV.

Nous n'avons jusqu'ici examiné la question qu'au point de vue des contrats par correspondance. Des difficultés analogues se sont produites pour les contrats par commis-voyageur. Mais la jurisprudence, tout en conservant le point de départ que j'ai critiqué, a pu, par un ingénieux détour, aboutir, après un demi-siècle de tâtonnements, à la véritable solution du problème. Suivons sa marche, et nous verrons quelle pouvait bien plus facilement atteindre le but.

La question à résoudre a toujours été posée de la même façon. Pour déterminer le lieu de la promesse, il faut rechercher à quel moment et, par suite, en quel lieu le contrat est devenu parfait. Tout le monde était d'accord sur ce point. Mais à quel moment le contrat par commis-voyageur acquiert-il sa perfection? Les divisions éclataient aussitôt.

On décidait assez généralement, dans la jurisprudence, qu'il y avait lieu de distinguer suivant que le commis-voyageur avait reçu les pouvoirs nécessaires pour traiter définitivement, ou devait au contraire soumettre le marché à la ratification de sa maison. Dans le premier cas, disait-on, il représente complètement la personne du maître, qui vient, par son intermédiaire, contracter au domicile du client; c'est donc comme si la convention s'était formée entre présents. Le lieu de la promesse est l'endroit où le commis-voyageur est venu faire ses offres. — Mais, ajoutait-on, lorsque le marché doit être soumis à l'approbation du maître, les conditions arrêtées entre le commis-voyageur et le tiers ne sont plus qu'un projet de contrat; ce n'est qu'au moment de la ratification que le concours des volontés se produit. C'est donc au lieu où l'approbation est donnée, c'est-à-dire le plus souvent au domicile du patron, qu'est faite la promesse.

Une pareille théorie bien qu'approuvée par un assez grand nombre d'auteurs (1), n'avait pas été sans soulever de vives cri-

(1) V. Pardessus, *Droit com.*, t. IV, n° 1354; Carré et Chauveau, *Lois de procédure*, quest. 1507 *bis*; Massé, *Droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens*, t. I, n° 582; Ruben de Couder, *Dict. de droit com.*, v°

tiques. Elles ont été formulées par Bourbeau en de trop bons termes pour que je ne reproduise pas le passage : « Cette distinc-« tion me paraît sans fondement. Tout restreints que soient les « pouvoirs du préposé, il n'en est pas moins le représentant du « commerçant dans l'intérêt duquel il demande une commission. « Ce n'est pas un courtier agissant comme entremetteur entre « deux parties; il est l'agent de l'une d'elles, et débat seulement « pour elle et dans son intérêt les conditions du marché... Ce « serait une fiction bien étrange que de considérer comme ayant « contracté hors de son domicile celui dont on est venu chercher « le consentement et qui peut-être n'aurait pas traité, si sa « volonté n'eût pas été influencée par la présence d'un solliciteur « chargé des intérêts de l'autre partie (1). » On ne peut pas mieux dire que la distinction était contraire à l'équité et à l'esprit de l'art. 420.

Mais ce n'est pas tout, et c'est ici que se produisaient les divisions entre les Cours d'appel. Comment distinguer le commis voyageur qui a les pouvoirs nécessaires pour engager son patron de celui qui est simplement chargé de faire des offres? Lorsqu'une procuration expresse est représentée, pas de difficulté! Mais le plus souvent le commis voyageur n'a qu'un mandat tacite; dans ce cas, quelle est l'étendue du mandat? Quelques tribunaux résolvaient la question en fait, en essayant, d'après les circonstances de la cause, d'après les usages de la contrée ou du commerce particulier, de déterminer la mission confiée par le préposant au préposé. Plus habituellement, on décidait qu'au cas de doute il y a présomption; seulement, on ne s'accordait pas du tout sur la nature de cette présomption. Pour certaines Cours, le commis voyageur devait être, en principe, considéré comme le représentant du maître, ayant pouvoir de l'obliger sans qu'une ratification soit nécessaire, à moins que la ratification n'ait été expressément réservée par le commis voyageur lui-même au moment de l'offre. Au cas de doute, par conséquent, dans cette

Compétence, n° 178; Ripert, *Vente commerc.*, p. 45 et suiv.; Rousseau et Laisney, v° *Compét. des trib. de comm.*, n° 194.

(1) Boncenne et Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 167. Cf. Orillard, *Compét. et proc. des trib. de commerce*, n° 609.

opinion, la convention était réputée conclue au domicile du client (1). — Pour d'autres Cours, le commis voyageur n'était, en principe, qu'un simple solliciteur de commissions; il ne pouvait engager son patron qu'avec une autorisation expresse; au cas de doute, la convention n'avait pu devenir parfaite que par la ratification du commettant, et c'était, par suite, au domicile de ce dernier que la promesse avait été faite (2). C'était l'incertitude pour les plaideurs, l'insécurité dans les relations

(1) Aix, 24 août 1813, Dal., *Rép.*, v° *Compét. com.*, n° 444; Rouen, 12 mars 1847 et Limoges, 22 janv. 1848, rapportés ensemble. (D. 49. 2. 36; S. 48. 2. 360.)

(2) Montpellier, 21 déc. 1826 (S. 27. 2. 213); Lyon, 28 mars 1827 (S. 28. 2. 41); Montpellier, 24 déc. 1841 (S. 1842. 2. 145); Bordeaux, 4 avr. 1842 et 8 avril 1845 (S. 48. 2. 360; D. 49. 2. 36). — Sans discuter à fond cette question des pouvoirs du commis-voyageur, je tiens à indiquer que la première opinion me paraît de beaucoup préférable au point de vue des nécessités pratiques et de l'équité : « On rendrait la conclusion des opérations commerciales bien difficile et bien longue, disent MM. Lyon-Caen et Renault, si l'on exigeait qu'on recourût au patron pour obtenir sa ratification », toutes les fois que le commis-voyageur n'est pas muni d'une procuration expresse (*op. cit.*, t. III, n° 424, p. 383). J'ajoute que le client auquel l'agent d'une maison vient demander un engagement est tout naturellement porté à croire que cet agent est lui-même muni des pouvoirs nécessaires pour engager son commettant. Cf. Laurent, *Droit civ. fr.*, t. XXVIII, n° 72; Rivière, *Commis-voyageur*, n° 95; *Rép. gén. alph. du dr. franç.*, v° *Commis*, n°s 93 et suiv.; *Pandectes franç.*, *Rép.*, v° *Commis-voyageur*, n°s 180 et suiv. et, en sens divers, outre les arrêts cités *supra*, Cass. 16 août 1860 (D. 60. 1. 493); Besançon, 4 mai 1880 (S. 81. 2. 189 — D. 81. 2. 85); Montpellier, 3 juillet 1885 (S. 86. 2. 56); Paris, 14 nov. 1894 (S. 95. 2. 178). Mais il ne faut pas aller jusqu'à dire avec la Cour de Limoges « qu'en l'absence de toute réserve d'approbation ultérieure, prétendre que le voyageur n'oblige pas sa maison et que l'acheteur est cependant lié par le marché, c'est créer une condition potestative *prohibée par la loi* ». Il y a là une fausse application de l'art. 1174, C. civ., qui vise uniquement le cas d'obligation unilatérale contractée sous une condition purement potestative de la part de celui qui s'est obligé. Dans les obligations synallagmatiques, l'une des parties peut valablement être obligée, bien que l'engagement corrélatif de l'autre n'ait été contracté que sous une condition potestative de sa part (V. Aubry et Rau, t. IV, p. 67; Demolombe, *Contrats*, t. II, n°s 323 et suiv.). Sinon, il ne pourrait plus être question de promesse unilatérale de vente ou d'achat. — Bien mieux, si l'on voyait une condition potestative prohibée dans la nécessité d'obtenir la ratification du commettant, ce vice existerait aussi bien lorsque

commerciales. Traiter, dans ces conditions, avec un commis voyageur, c'était s'exposer à être traîné plus tard, comme défendeur, devant un tribunal éloigné.

Cet état de choses a duré jusqu'en 1852, époque à laquelle la Chambre civile de la Cour de cassation rendait l'arrêt suivant : « Attendu que, sans examiner si, dans tous les cas, les ventes « opérées par l'intermédiaire des commis voyageurs doivent être « considérées comme définitives seulement par la ratification des « maisons de commerce que ces commis voyageurs représentent, « cette ratification rétroagit, d'après l'art. 1178, C. nap., au « jour du contrat entre le commis voyageur et l'acheteur; — « qu'ainsi l'arrêt attaqué ayant reconnu que les frères A. avaient « ratifié l'engagement intervenu entre le commis voyageur et B., « cette ratification rétroagissait au jour dudit engagement, qui « avait eu lieu à Dôle; et la promesse faite par le commis « voyageur à Dôle devenait, en réalité, une promesse faite, dans « ladite ville par les frères A. » (1).

La solution est excellente au point de vue des résultats; on peut même trouver qu'elle est élégante. Mais était-il nécessaire de faire intervenir ici la théorie de la condition et de sa rétroactivité (2)? Était-il nécessaire surtout de créer une nouvelle catégorie juridique? Car il faut bien le remarquer, à côté de la rétroactivité dans le temps que prévoit l'art. 1179 du C. civ., la Cour de cassation établit une rétroactivité dans l'espace, dont nulle part ailleurs, je crois, il n'est question. — Tout cela était inutile, à condition de prendre le mot promesse dans le sens que je lui ai attribué. Si, comme j'ai essayé de le démontrer, la promesse est l'offre du pollicitant, le lieu de la promesse sera, dans tous les cas, l'endroit où le commis voyageur est venu proposer le marché. Ce n'est pas, en effet, en son nom qu'il a parlé, mais

la ratification aurait été expressément réservée que dans le cas où elle serait sous-entendue. La convention serait donc nulle même dans le premier cas, ce que personne n'a jamais soutenu.

(1) Cass. 31 août 1852 (D. 52. 1. 225; S. 53. 1. 177).

(2) Il est à remarquer que l'effet rétroactif de la ratification, bien que généralement admis, peut être, et a été très sérieusement contesté. — V. Laurent, *Principes de droit civil*, t. XXVIII, n° 74.

au nom de son patron. Il est possible que ce commis ne fût pas muni des pouvoirs nécessaires pour engager définitivement sa maison, et qu'une ratification ait été nécessaire. Mais qu'importe? il était au moins chargé d'une mission : faire des offres. Juridiquement, c'est donc le patron, dans la personne du préposé, qui s'est transporté chez le client, et, quelle que soit l'étendue des pouvoirs du mandataire, le contrat par commis voyageur doit être, quant au lieu de la promesse, assimilé au contrat entre présents.

Ici encore, comme en matière de contrats par correspondance, nous arrivons aux mêmes conclusions que la Cour de cassation; mais notre théorie, a sur la sienne, outre sa simplicité, un avantage considérable, c'est qu'elle est d'accord avec elle-même. On ne peut pas en dire autant de l'autre côté. Sans revenir sur les autres critiques, il reste toujours cette contradiction : la question du lieu de la promesse est une question de fait lorsque le marché a été conclu par lettres (arrêts des 6 août 1867 et 1er décembre 1875 précités) et elle devient question de droit, lorsque la convention s'est formée par l'intermédiaire d'un commis-voyageur (arrêt du 31 août 1852). Pour nous, c'est toujours une pure question de fait, parce qu'il s'agit uniquement de rechercher en quel lieu les offres ont été présentées.

§ V.

Il me reste quelques mots à dire des contrats par téléphone, qui, malgré les inconvénients qu'ils présentent au point de vue de la preuve, sont destinés à entrer de plus en plus dans la pratique. La jurisprudence, à ma connaissance, n'a pas eu encore à leur appliquer les dispositions de l'art. 420 et à déterminer pour eux le lieu de la promesse. La question sera facilement résolue après les explications qui précèdent.

Si nous prenons pour point de départ la formule classique, si le lieu de la promesse est le lieu du contrat, le lieu où le contrat devient parfait, les difficultés relatives aux contrats par correspondance vont reparaître. On discute beaucoup, il est vrai, en

doctrine, sur la nature du contrat par téléphone. Est-il un contrat entre présents ou entre absents? Il me semble qu'au point de vue qui nous occupe tout au moins, la solution ne saurait être douteuse. Il faut même avouer qu'à première vue, il paraît plus que bizarre de considérer comme convention entre présents un marché conclu par deux personnes dont l'une se trouvait, par exemple, à Bruxelles, et l'autre à Paris, au moment où les consentements étaient échangés. Si cette solution a pu être proposée sérieusement, c'est qu'on n'a envisagé qu'un côté de la question, la notion de temps, sans se préoccuper de la notion d'espace. Les contrats entre présents, a-t-on dit, sont ceux dans lesquels les deux contractants se communiquent réciproquement leurs volontés, de telle sorte qu'au moment même où l'un d'eux exprime son intention, l'autre en a connaissance immédiatement. Au contraire, les contrats entre absents sont ceux dans lesquels la manifestation de volonté de l'une des parties précède d'un temps assez long pour être appréciable le moment où elle arrive à la connaissance de l'autre partie (1). La formule est exacte, mais elle ne constitue pas une véritable définition, parce qu'elle ne contient pas tous les caractères distinctifs de l'objet défini. Le contrat entre absents se distingue encore, en effet, des contrats entre présents, en ce que, dans un cas, les deux manifestations de volonté se produisent dans deux endroits différents, tandis que, dans l'autre, elles se réalisent en un seul et même lieu.

Voilà le point qu'il ne faut pas oublier lorsqu'il s'agit de classer le contrat par téléphone. Au point de vue du temps, il se rapproche des contrats entre présents, au point de vue de l'espace, il est sûrement un contrat entre absents. La meilleure solution serait donc de le faire entrer dans l'une ou l'autre catégorie suivant que le problème particulier que l'on cherche à résoudre se rattache à la notion de temps ou à la notion de lieu. — Or, lorsqu'il s'agit de déterminer le tribunal compétent, c'est-à-dire l'arrondissement dans lequel la promesse a été faite, c'est évidemment la notion de lieu qui est en jeu, et le contrat par téléphone doit être assimilé au contrat par correspondance (2).

(1) V. cette définition et sa critique dans Valéry, *op. cit.*, p. 60 et suiv.

(2) Une objection est cependant possible. Les diverses théories sur la

Cette proposition admise, nous allons retrouver toutes les controverses, toutes les contradictions que nous avons signalées plus haut. La compétence dans une affaire déterminée variera d'abord suivant que l'on sera pour la théorie de *la déclaration* ou de *l'information*, de *l'expédition* ou de *la réception*. Elle variera encore suivant que les paroles d'acceptation définitive auront été prononcées par l'une ou l'autre des parties, sans qu'on se préoccupe du rôle joué par chacune d'elles dans la conclusion du marché. Je ne veux pas reprendre les objections que j'ai déjà formulées. Je constate que, sur ce point encore, en s'appuyant sur la théorie de la perfection du contrat, on se met en désaccord avec l'esprit et le texte de l'art. 420, et que le seul moyen de respecter la logique, l'équité et la loi, c'est d'interpréter encore le mot *promesse* par *offre*, *pollicitaiion* et non par *contrat*. Seule, cette dernière solution évite toutes les difficultés. Peu nous importe, dès lors, que le contrat par téléphone soit considéré comme un contrat *entre présents* ou *entre absents*,

perfection du contrat par correspondance ont été créées pour déterminer le *moment* où la convention devient parfaite, et ce n'est qu'indirectement qu'on les a fait servir à la détermination *du lieu* où la perfection est acquise. Or, pourrait-on dire, dans l'hypothèse d'un contrat par téléphone, il ne peut pas être question de distinguer le moment où l'acceptation est formulée, et celui où elle parvient à la connaissance de l'autre partie, puisque les deux moments se confondent. Il est donc impossible d'appliquer aux contrats par téléphone les solutions du contrat par correspondance. — Si le raisonnement était exact, il prouverait simplement que dans les communications téléphoniques, la volonté se trouvant manifestée dans deux endroits différents au même instant, le contrat devient parfait en deux endroits différents, ou, ce qui revient au même, qu'il n'y a pas de lieu du contrat. Mais c'est précisément ce que nous pensons, même pour les contrats par correspondance. L'objection ne serait donc embarrassante que pour ceux, et ils sont presque l'unanimité, qui rattachent le lieu de la promesse au lieu où le contrat est devenu parfait; l'art. 420, 2e alin., ne pourrait pas être appliqué aux contrats par téléphone. — En réalité l'argument n'est pas aussi fort qu'il le paraît. Quelle que soit la rapidité des transmissions par l'électricité, il y a toujours un instant de raison entre le moment où la volonté d'une partie se manifeste et celui où elle touche l'autre partie. Cela suffit pour justifier l'assimilation que j'ai faite du contrat par téléphone et du contrat par correspondance.

puisque dans tous les cas nous appliquons la même règle : là où l'offre s'est manifestée, soit par la parole, soit par une lettre ou un télégramme, soit par une transmission téléphonique, là son auteur a tacitement élu domicile et peut être contraint à venir plaider comme défendeur. Peu importe que, dans les contrats par téléphone comme dans les autres contrats entre absents, la convention ne devienne parfaite qu'en tel ou tel lieu. Cette question est sans influence, parce que nous n'avons à nous inquiéter que du lieu où la promesse a été faite, c'est-à-dire du lieu où la pollicitation a été adressée. Peu importe que l'acceptation définitive émane de l'un ou l'autre des individus qui sont en communication par le fil téléphonique. Ce n'est pas de cette acceptation que nous avons à nous occuper, mais de la proposition qui, par l'accord des parties, s'est transformée en convention.

Il ne faudrait point, d'ailleurs, exagérer ma pensée, et je dois faire ici la même réserve que pour les contrats par lettres. Je ne veux pas dire que le pollicitant sera toujours celui qui a le premier demandé la communication téléphonique, et que le lieu de la promesse sera dans tous les cas l'endroit où se trouvait en ce moment son interlocuteur. Des pourparlers assez longs ont peut-être précédé l'échange des consentements; la première proposition a pu être discutée, elle a pu être remplacée par une autre. Les juges auront donc à rechercher quel est celui des deux contractants qui est, en réalité, l'auteur de l'offre. La question sera parfois très délicate; mais, comme je le disais plus haut, ce sera toujours une question de fait pour laquelle il n'y aura pas à faire intervenir des théories plus ou moins subtiles, sur lesquelles ni les jurisconsultes ni les tribunaux n'ont pu se mettre d'accord.

Avec cette interprétation disparaît un des intérêts de la fameuse question : A quel moment et en quel lieu le contrat entre absents devient-il parfait? Mais nul, je le suppose, ne le regrettera. Si l'on peut éprouver un regret, c'est que la même question ne puisse pas être écartée dans tous les cas. A ce propos, et pour terminer, on me permettra une courte digression qui, d'ailleurs, ne m'écarte pas absolument de mon sujet.

Tous les auteurs qui se sont occupés du lieu de formation des contrats entre absents ont rattaché à la solution du problème un

double intérêt pratique (1) : 1° détermination du tribunal compétent en tant que tribunal du lieu de la promesse, lorsqu'il s'agit d'une affaire commerciale (nous savons ce qu'il faut en penser); 2° détermination de la loi applicable, lorsqu'une convention est intervenue entre deux individus de nationalité différente, domiciliés dans des pays différents, et que les parties n'ont pas indiqué à quelle législation elles avaient l'intention de se référer. Je ne veux pas discuter ici ce problème de droit international privé, mais faire une simple remarque. Il est facile de constater, à la lecture des ouvrages spéciaux sur la matière, que l'on est à peu près d'accord pour appliquer la *lex loci contractus* lorsqu'il s'agit d'une convention entre présents (2), tandis que plusieurs repoussent cette solution lorsqu'il s'agit d'un contrat par correspondance (3). La raison de fait en est facile à trouver. Très satisfaisante par ses résultats au cas de contrat entre présents, l'application de la *lex loci contractus* aboutit, au cas de contrat par correspondance, aux mêmes controverses, aux mêmes contradictions que la théorie de la perfection du contrat en matière de compétence commerciale. De là des dissidences, nombre d'auteurs se refusant à admettre une solution commandée par la logique d'un raisonnement *a priori*, mais que repousse la logique des faits. Toutes ces difficultés ne tiendraient-elles pas

(1) V. spécial. Valéry, *op. cit.*, p. 123; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. III, n° 25, p. 19; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligat.*, t I, p. 44.

(2) V. dans ce sens, Fœlix et Demangeat, *Traité du droit internat. privé*, t. I, p. 223 et 227; Fiore, traduction Pradier-Fodéré, *Droit internat. privé*, n° 242; Laurent, *Le droit civil international*, n°s 434 et suiv.; Brocher, *Cours de droit intern. privé*, t. II. p. 76; Despagnet, *Précis de droit intern. privé*, 3e édit., n° 294, p. 587; Weiss, *Manuel de droit intern. privé*, 2e édit., p. 528 et suiv.; Weiss, *Traité théor. et prat. de droit internat. privé*, t. IV, p. 350 et suiv.; Surville et Arthuys, *Cours élémentaire de droit intern. privé*, 3e édit., n° 227, p. 245; Audinet, *Principes élément. de droit intern. privé*, n° 380; *Contrà*, Savigny, qui propose la loi du lieu de l'exécution, *Système*, t. VIII, § 370 et suiv.

(3) V. dans des sens divers, Surville, *Du contrat par correspondance dans les rapports internationaux*, *Journ. Clunet*, 1891, p. 361 et suiv.; Surville et Arthuys, *op. cit.*, p. 385, n° 251; Despagnet, *op. cit.*, n° 299, p. 591 et suiv.; Cf. Audinet, *op. cit.*, n° 388.

encore ici à une interprétation erronée, non plus des textes et de la pensée du législateur, mais de la volonté des parties qui fait loi en matière de conventions? — Si, dans un cas, on est d'accord pour appliquer la *lex loci contractus*, ce n'est pas, me semble-t-il, parce qu'elle est la *lex loci contractus*, ou, comme on l'a dit, parce que les deux parties se trouvaient sous l'empire de cette législation au moment où elles ont contracté (1). J'en crois trouver la véritable raison dans cette idée que j'ai déjà développée : Celui qui est allé au loin, dans un pays étranger, proposer un marché, s'est par là même, du moment qu'il n'a fait aucune réserve, tacitement soumis à la législation du lieu où il étendait ses opérations. La *lex loci contractus* serait donc applicable parce qu'elle serait la loi du lieu où l'offre a été faite (2).

Si cette conception est exacte, la solution ne peut pas changer parce que, au lieu de faire lui-même et en personne son offre, l'un des contractants l'a proposée par lettre ou par l'intermédiaire d'un représentant. Dans tous les cas, la loi applicable serait celle

(1) Despagnet, *op. cit.*, n° 294, p. 587.

(2) M. Surville, dans l'article précité paru au *Journal Clunet* de 1891, a proposé une solution tout à fait opposée, qu'il a maintenue dans son *Cours élémentaire* publié en collaboration avec M. Arthuys, 3e édit., n° 230, p. 251. Pour lui, la loi applicable serait la loi nationale de l'offrant. J'avoue ne pas très bien comprendre les raisons par lesquelles il justifie son opinion. « Il est, dit-il, une des parties qui joue un rôle prépondérant, c'est celle qui fait l'offre. » En quoi ce rôle est-il prépondérant? — Différent, oui! mais voilà tout. — « Il me parait évident, ajoute-t-il, que l'offrant a dû songer à sa loi nationale sous l'empire de laquelle il accomplit les actes juridiques relatifs à ses intérêts. » Mais l'acceptant aussi doit penser à sa loi nationale lorsqu'il acquiesce à l'offre, et d'autant mieux qu'on est venu chez lui solliciter son consentement. — Enfin, conclut-il, « dans le cas de contrat formé par correspondance entre individus de nationalités diverses, c'est la loi nationale de la partie restée maitresse du contrat qui est applicable. » Voilà qui me parait contraire à la thèse soutenue, car, si une partie reste maitresse du contrat, c'est le destinataire de l'offre, entre le moment où il reçoit cette offre et le moment où il l'accepte. Dans cet intervalle, il n'est pas lié, tandis que le pollicitant l'est déjà dans une certaine mesure. — V. Demolombe, *Contrats*, t. I, nos 64 et suiv.; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, n° 15; Worms, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligation*, thèse, Paris, 1891, p. 170. Cf. Saleilles, *Essai d'une théor. é n ér. de l'obligat.*, nos 138 et suiv.

du lieu où la proposition est intervenue, où l'offre a été adressée. Il n'y aurait donc plus à s'inquiéter du lieu où le contrat est devenu parfait; le second intérêt de cette question si épineuse disparaîtrait à son tour. Ainsi la même idée d'élection tacite de domicile servirait à régler les conflits de lois et les conflits de compétence. En cela rien que de très naturel : n'existe-t-il pas une analogie frappante entre la juridiction limitée au ressort du tribunal, et la souveraineté de la loi limitée aux frontières de l'Etat?

GEORGES FERRON.

LA PROPRIÉTÉ CORPORATIVE

Leçon d'ouverture d'un cours de Droit civil comparé.

Par M. J. CHARMONT, professeur à la Faculté de droit de Montpellier.

Mon collègue, M. Perreau, a inauguré, l'an dernier, le cours de droit civil comparé, dont nous devons la création à la libéralité de l'Université. Un échange momentané auquel il a eu l'amabilité de se prêter, et dont je le remercie, me permet à mon tour de continuer cet enseignement. J'en suis tout à fait heureux, et bien que je n'essaie pas de me dissimuler les difficultés de ma tâche, je compte beaucoup plus sur vous que sur moi-même pour m'aider à les surmonter.

Dans une Faculté où la liste des cours s'allonge incessamment, où l'on a quelque peine à trouver assez d'heures et de salles pour les intercaler, on ne peut éviter de se demander avec une certaine inquiétude si l'on trouvera toujours assez d'étudiants pour les suivre. La question se pose d'une façon particulièrement défavorable, lorsqu'il s'agit d'un cours facultatif : à la vérité, tous nos cours méritent plus ou moins cette épithète, puisque nos étudiants ont, au moins en fait, la liberté de ne pas les suivre. Mais s'il n'y a pas obligation d'assiduité dans le sens strict du mot, il y a, pour la plupart de ces cours, une sorte d'obligation morale et surtout une évidente utilité. Leur programme, en effet, est à peu près celui des examens, et l'expérience pratique atteste que la meilleure manière de préparer et de

passer convenablement ces examens, c'est de commencer par suivre régulièrement et intelligemment les cours.

Je n'ai point pareil avantage à vous offrir, puisque ce cours ne correspond au programme d'aucun examen. Tout au plus peut-on le choisir comme matière à option pour le deuxième examen de doctorat, — mais ce n'est pas sur cette maigre prime que je compte pour vous attirer. Je sais très bien qu'il y a toujours eu parmi vous une élite qui fait tout ce qu'elle peut et qui est tout à fait capable d'un travail désintéressé, Je la trouve seulement trop petite et j'ai besoin d'espérer qu'elle deviendra de plus en plus nombreuse. Au moment où commence à se propager en France un grand mouvement d'extension universitaire, à l'heure où s'ouvrent dans les villes ces universités populaires, qui ont l'ambition d'appeler à elles des ouvriers déjà fatigués par le travail de la journée, mais chez qui la fatigue est moins forte que le désir de s'instruire, comment ne pas croire que nos étudiants sentiront à plus forte raison le besoin de s'élever au-dessus de la préoccupation de l'examen, d'élargir leur horizon et d'aimer la science pour elle-même ?

J'ajoute que l'enseignement du droit, civil plus que tout autre, doit tendre à cet affranchissement. Le programme est extrêmement chargé : on arrive à peine à voir en trois ans les matières essentielles : quelques-unes sont toujours plus ou moins sacrifiées. On voudrait parfois s'arrêter, envisager une question d'un peu haut, procéder par comparaison, rattacher le droit aux autres sciences sociales, mais c'est un luxe coûteux, qu'il faut expier par des omissions ou des leçons supplémentaires. Le programme fait du professeur une sorte de juif-errant obligé d'avancer toujours et de recommencer lorsqu'il est arrivé.

Bien qu'il y ait une part d'arbitraire inévitable dans le choix d'un sujet, j'ai pensé que de bonnes raisons pouvaient fixer mes préférences et m'engager à vous proposer d'étudier cette année la question de la *propriété corporative*. Nous aurons bientôt à nous demander ce qu'il faut entendre par là : ce sera notre première difficulté, car la propriété corporative se conçoit plus facilement qu'elle ne se définit. Contentons-nous pour le moment d'une notion provisoire. La propriété corporative est celle d'une

collectivité qui a une existence propre, se distingue des individus qui la composent et ne se constitue pas seulement en vue de leur intérêt (1).

Ce qui mérite, à mon sens, d'appeler notre attention sur cette question, c'est qu'elle permet d'allier à l'étude des procédés juridiques, objet propre de cet enseignement, une double préoccupation, — préoccupation d'un problème de législation très actuel et très important, — préoccupation d'un problème de sociologie, celui de savoir si l'on peut déterminer la loi d'évolution de la propriété corporative, et quelle est cette loi.

Sans préjuger la solution de ces problèmes, essayons aujourd'hui de les poser.

1° *Quels sont les avantages et les dangers de la propriété corporative?* Est-ce que la loi doit la combattre ou la favoriser?

Il semble qu'on ne puisse à cet égard s'éclairer que par l'expérience : mais ce qui nous montre bien la complexité du problème, c'est que l'expérience risque de nous donner des réponses contradictoires. Nous allons voir, en effet, que presque dans tous les pays où s'est développée la propriété corporative, on s'est plaint des abus et des conséquences mauvaises qu'elle engendrait; au contraire, lorsqu'elle n'existe pas, on se plaint de ce qu'elle fait défaut, on souffre de n'en pas avoir, on cherche à la créer.

A la veille de la Révolution, la France comprenait une énorme quantité de propriétés corporatives. La plus riche de toutes les corporations, c'était l'Eglise. On estimait en capital la valeur de ses biens à près de 4 milliards (2) représentant environ le cinquième du territoire. Ces biens rapportaient de 80 à 100 millions, auxquels il fallait ajouter 120 millions de dîmes au total 200 millions par an. La plus petite partie de ces revenus était employée à sa destination normale, assurer le service religieux. Je n'ai pas besoin de rappeler ici les abus que tout le monde connaît, qui se trouvent rapportés dans toutes les études publiées sur l'ancien régime. Je citerai seulement le contraste entre la condition des

(1) Conf. Saleilles, *Annales de Droit commercial*, 1895, p. 65.

(2) Rapport de Treilhard au nom du Comité ecclésiastique (*Moniteur*, 19 déc. 1789); Conf. Taine, *Ancien régime*, p. 18 et 19.

évêques presque tous pris dans la noblesse, vivant presque constamment éloignés de leur évêches, dépensant à la Cour les gros revenus de leur mense épiscopale variant de 60 à 200 mille livres, — et la triste misère du clergé des campagnes, sur lequel pèsent toutes les obligations du service religieux, qui supporte les charges sans avoir le profit. Je mentionnerai comme caractéristiques de ces sortes d'abus la portion congrue et la commende. Dans un grand nombre de paroisses riches, le titulaire qu'on appelait *curé primitif* se contentait de toucher les revenus et se déchargeait du ministère sur un vicaire, auquel il abandonnait un traitement misérable constituant la *portion congrue*. La royauté, à plusieurs reprises, avait été obligée d'intervenir pour empêcher que cette portion ne fut pas trop réduite. Charles IX avait fixé le minimum à 120 livres, Louis XIV à 300. On appelait *commende*, l'attribution d'une abbaye à un abbé dispensé de la résidence et autorisé à déléguer ses pouvoirs et ses charges à un prieur. C'était le moyen de séparer la propriété monastique des devoirs pour l'accomplissement desquels elle avait été instituée. Théoriquement, la commende ne devait être conférée qu'à des ecclésiastiques : souvent en fait elle était concédée à des laïques, tout au moins à des clercs tonsurés une seule fois dans leur vie. A cet égard, l'exception tendait à devenir la règle. « En Lorraine sur 25 abbayes, 19 étaient en commende. La proportion était à peu près la même pour tout le royaume. Sur 1026 abbayes mentionnées par l'Almanach royal, 909 sont en commende; 653 abbayes d'hommes et 255 de filles. L'abbé commendataire ne résidait pas, souvent n'avait jamais visité ses moines; il appartenait au haut clergé et vivait à la cour, n'ayant de l'ecclésiastique que le rabat et le petit collet. Il se réservait pour son usage personnel la *mense abbatiale*, qui comprenait d'ordinaire les deux tiers du revenu total, laissant à ses moines l'autre tiers sous le nom de *mense conventuelle* (1). Il était fréquent de voir les commendes attribuées dès leur enfance à des fils de familles nobles, qui le plus ordinairement ne se contentaient pas d'une seule.

(1) Gasquet, *Institutions politiques et sociales de l'ancienne France*, t. II, p. 66. — Conf. C. Mathieu, l'*Ancien régime en Lorraine*.

Nous lisons dans une biographie du duc Emmanuel-Théodose de Bouillon, cardinal à vingt-six ans, grand aumônier de France, qu'il ajoutait à ces deux dignités, dès l'époque où il les obtint, le titre d'abbé commendataire de 7 abbayes (1), Saint-Martin de Pontoise, Saint-Ouen de Rouen, Saint-Waast d'Arras, Vigogne, Saint-Pierre de Beaujeu, et Cluny, la plus riche, unique en autorité, dit Saint-Simon, dont la mense abbatiale était de 40 mille livres.

On retrouvait presque les mêmes abus dans les Universités, d'ailleurs beaucoup moins riches. Au dix-septième siècle, la Faculté de droit canon de Paris n'avait « plus qu'un seul professeur, qui pour garder tous les revenus se refusait obstinément à se donner des collègues : celle de Bordeaux était réduite, elle aussi, à un seul membre, qui faisait à lui seul l'office du corps tout entier, et baillait des lettres de gradués, sans voir les candidats qui ne venaient même plus dans la ville; — celle de Bourges était devenue le fief d'un beau-père et d'un gendre; celle d'Orléans laissait vacantes dix ans de suite des places d'agrégés et ne se résignait à y pourvoir que sur requête du Parlement et injonction du chancelier ». En 1736, le prêteur royal de Strasbourg écrivait à Versailles. « Depuis sept à huit ans, les professeurs ne font plus de cours publics, sans doute parce que leurs leçons privées leur sont largement payées, et qu'ils trouvent cette méthode plus lucrative (2). »

C'est une erreur de croire que tous ces abus étaient propres à l'ancien Régime : on peut en citer d'analogues dans tous les pays où se sont perpétuées les fondations, l'Angleterre, par exemple. Nous oublions si facilement le passé, que nous sommes surpris d'y retrouver tout ce que nous avons eu. La condition des *felows* dans les Universités rappelle tout à fait celle des chanoines prébendés dans nos anciennes collégiales. Les Collèges anglais, fondations instituées dans les Universités pour recevoir les étudiants, sont administrés par des *felows*, qui se recrutent par cooptation, n'ont presque aucune charge et dont la condition est

(1) F. Reyssié, *Le Cardinal de Bouillon, Annales de l'Académie de Mâcon*, 1898, p. 50.

(2) L. Liard, *Enseignement supérieur en France*, t. I, p. 71.

fort enviable. Les étudiants, sauf un très petit nombre de boursiers, payent des rétributions élevées, qui s'ajoutent à tous les revenus du Collège pour pourvoir à toutes les dépenses. Les *felows* sont logés et nourris luxueusement et gratuitement. Outre la jouissance commune de la bibliothèque, des salles et parcs du collège, chacun d'eux dispose d'un appartement et d'un jardin particuliers. On trouve dans le Collège de nombreux serviteurs, on y sert des repas très longs, très copieux, comportant traditionnellement quatre ou cinq espèces de vins. Les *felows* font des cours s'il leur plaît d'en faire et se partagent à la fin de chaque année l'excédent des revenus, après tous frais payés. Ce dividende sensiblement diminué par la crise agricole est encore très appréciable. Un *felow* d'un Collège de Cambridge disait à l'un de nos collègues que sa part, après avoir atteint 7000 francs était d'environ 3500 ou 4000. En vingt ans, il avait fait deux séries de cours, un semestre sur l'économie politique, un autre sur la musique.

Les relations si documentées de M. Max Leclerc contiennent des détails curieux sur les abus auxquels donne lieu dans l'Église anglicane le trafic du droit de présentation. On sait que les cures y sont encore soumises au régime des bénéfices ecclésiastiques. Les titulaires sont nommés sur la présentation des héritiers du fondateur. Ce droit de présentation, semblable à celui que la loi française reconnaît aux officiers ministériels, fait souvent l'objet d'un marché. Des agences s'occupent de la vente et de l'achat des cures vacantes. En 1893, l'archevêque de Cantorbéry demandant à la Chambre des lords d'interdire ce trafic, citait des réclames édifiantes : « Occasion pour un amateur de sport. Presbytère, 4000 livres. Entrée en possession prochaine. Prix 2000 livres. — Cure séduisante située près d'une plage à la mode. — Population 1500 âmes, peu de fidèles. (1)»

Faisons maintenant la contre-épreuve. Restons dans notre temps et dans notre pays. La plupart des fondations anciennes ont disparu. La Révolution a confisqué les biens de l'Église et ceux des Universités : elle a supprimé les corporations d'arti-

(1) Leclerc, *Les professions et la société en Angleterre*, p. 98, n° 2.

sans, interdit comme dangereuses les associations ouvrières. Napoléon continuant, en les exagérant, les traditions de l'ancien régime, a constitué ce puissant système de centralisation administrative qui lui survit et dure encore. L'État prend à sa charge tous les services, le culte, l'éducation, la bienfaisance, la colonisation; il est le tuteur et le créateur de toutes les personnes morales; elles tiennent de lui une vie d'emprunt; elles ne peuvent recevoir aucun don sans qu'il y ait consenti. Quelles sont les conséquences d'une telle conception? Question singulièrement grave, celle que Taine s'est posée, à laquelle un labeur de vingt ans ne lui a pas permis de répondre pleinement. Il faut sans doute se garder d'un parti pris de dénigrement. Dans un pays qui a connu tant de vicissitudes, usé et remplacé tant de gouvernements, quels services n'a pas rendus cette administration dont on se plaint et dont on se moque si volontiers? Elle corrige le vice de notre instabilité, fonctionne le lendemain d'une Révolution presque aussi bien que la veille. Grâce à elle, le mouvement initial continue; un gouvernement disparaît, un autre le remplace, sans que les services publics aient subi d'interruption. Rien n'est changé que le nom.

Mais de quel prix faut-il payer cet avantage? Il suffit pour s'en rendre compte de regarder autour de soi, de noter tous ces tristes symptômes qu'on a si souvent signalés : l'initiative individuelle impuissante ou découragée, — une poussière d'hommes sans force et sans courage n'osant rien entreprendre, attendant tout de l'Etat, les services publics subordonnés aux passions, aux intérêts de parti, l'État pliant sous le poids de toutes les charges dont il est accablé; son organisation, ses aptitudes le rendant impropre à beaucoup de fonctions dont il s'est chargé, une lourde dette, de lourdes charges militaires absorbant les deux tiers de nos ressources, un régime uniforme agissant de loin et par contrainte (1), ressort insuffisant pour faire vivre toutes les Œuvres qui ont besoin de bonne volonté, d'indépendance et de dévouement; malgré tous les efforts accomplis, l'insuffisance de

(1) V. Taine, *Formation et caractère du nouvel Etat, Régime moderne*, t. I, p. 151.

l'instruction et de l'assistance publique, la criminalité entretenue par un mauvais régime pénitentiaire, pas d'écoles de réforme pour les enfants, l'incurable plaie du vagabondage, le spectacle d'un pays qui se détruit par l'alcool, qui lui sacrifie sa santé et son intelligence.

A tous ces maux, on a voulu chercher un remède illusoire dans la décentralisation. Il ne faut pas réfléchir longtemps pour être obligé de reconnaître que la centralisation politique est une condition de notre unité nationale; la centralisation administrative, une condition de la paix sociale. Supposez les communes maîtresses de leur police et de leurs finances, fatalement dans un pays divisé comme le nôtre, on aura l'intolérable oppression de la minorité par la majorité; la première payera toutes les charges et sera dépourvue de protection. L'histoire démontre que le rôle essentiel de l'État est d'intervenir comme arbitre et d'empêcher cette tyrannie. Il voit de plus loin, juge avec plus d'indépendance que le pouvoir local : il est plus prévoyant et moins injuste.

Une seule solution semble possible : favoriser les associations libres, encourager toutes les bonnes volontés, donner aux groupes non seulement la liberté mais la propriété, revenir, en d'autres termes, au système des fondations (1).

Ainsi, comme il arrive presque toujours en matière de législation, le problème se résout par une conciliation. Il faut chercher un moyen terme entre les avantages et les inconvénients. Autrefois, comme aujourd'hui, il y a eu excès dans des sens opposés : le point d'équilibre a été dépassé. Nous essaierons de déterminer sans avoir la prétention d'y réussir, comment cet équilibre peut être rétabli.

2° Nous avons dit que l'étude de la propriété corporative soulevait un autre problème, un problème de sociologie. Il consiste à se demander *quelle est la loi d'évolution de cette propriété, comment elle peut se constituer, se conserver et disparaître.*

La propriété corporative a des causes à la fois historiques et économiques.

(1) Conf. Hauriou, *La décentralisation par les établissements publics. Revue politique et parlementaire*, 2e année, t. IV, p. 56.

Prenons par exemple les associations qui ont pour but l'assistance des pauvres et des malades. On ne peut suivre et comprendre leur rôle qu'à la condition de connaître déjà le régime du travail et l'organisation de la famille. Les institutions d'assistance deviennent surtout nécessaires sous le régime de la liberté du travail : les engagements permanents, le patronage, ne laissent pas l'ouvrier exposé aux mêmes risques (1). De même, l'organisation de la famille influe sur le développement du paupérisme et par contre-coup sur celui des œuvres charitables. La famille patriarcale, la famille souche restent un centre permanent de protection, auquel tous les membres peuvent recourir dans les épreuves de la vie. Au contraire, dans la famille instable, l'adulte dispensé de pourvoir aux besoins de ses proches peut arriver rapidement à une situation élevée s'il est habile et heureux, mais ne peut espérer aucun secours s'il échoue. Dans ces conditions, la charité apparaît comme l'unique remède. Mais c'est un remède dont on constate bientôt l'insuffisance : il entretient le mal en le soulageant. Une réaction se produit contre les institutions charitables : on s'efforce de prévenir le paupérisme par la prévoyance, l'assurance, la responsabilité du patron.

Nous pourrions prendre d'autres exemples, mais celui ci suffit à nous montrer que les corporations tendent à se développer naturellement lorsqu'elles répondent à un besoin social : elles déclinent lorsque ce besoin s'affaiblit ; nous dirons bientôt comment elles disparaissent.

Mais ce qui doit spécialement nous préoccuper, — puisque ce cours est avant tout un cours de droit, — c'est de savoir à l'aide de quels procédés juridiques le besoin, auquel répond la création d'une corporation, peut être satisfait. Ces procédés juridiques ont été extrêmement nombreux : ils ont varié suivant les époques et suivant les pays, mais en dépit de cette diversité, il n'est pas, je crois, très difficile de les classer. Tous, en effet, se ramènent à deux, ou plus exactement se répartissent en deux catégories.

(1) On sait qu'au Tonkin, par exemple, les concessions de terre importantes sont faites parfois à charge par le concessionnaire d'assurer pendant un certain temps l'existence des indigènes qui viendront se fixer et travailler sur son domaine.

Tantôt la propriété corporative se constitue *ouvertement*, tantôt par un *procédé détourné*.

Elle se constitue ouvertement lorsque la loi ne met pas obstacle à sa création et lui fournit elle-même les moyens de la réaliser. Telles sont notamment les chartes d'incorporation du droit anglo-saxon, la personnalité civile du droit français, la fondation du droit allemand. La personnalité civile, par exemple, consiste à donner une vie propre à la société considérée comme distincte et indépendante de ses membres. Son patrimoine ne se confond pas avec celui des associés : elle peut pour son propre compte acquérir et posséder. Nous verrons d'où nous vient cette théorie de la personnalité civile, quel a été son rôle, quels sont ses avantages et ses inconvénients. Sous une législation très libérale, elle répondrait probablement à tous les *desiderata* des associations, de celles tout au moins qui ne chercheraient pas à dissimuler l'existence de leurs biens. Mais elle présente, dans l'état actuel de notre droit, une sensible insuffisance. Elle apparaît d'abord comme un privilège, une concession exceptionnelle faite à certaines associations. Par suite, toutes celles qui n'en jouissent pas sont obligées de chercher un autre procédé. En second lieu, c'est une faveur qui se paie. L'association qui l'obtient se trouve placée dans une certaine dépendance vis-à-vis de l'administration; elle ne peut, sans être autorisée par le gouverment, acquérir à titre gratuit.

C'est autant de raisons qui pousseront beaucoup d'associations à recourir, pour se constituer un patrimoine, à des expédients, des procédés détournés. Le plus simple et le plus usité, c'est l'interposition de personnes. Un des associés, ou même un tiers agissant pour son propre compte acquiert les biens destinés à l'association. En fait, ces biens sont affectés à un usage commun; souvent même, une contre-lettre constate que l'associé n'en est que propriétaire apparent. Mais c'est un procédé dangereux. La confiance de l'association dans son intermédiaire risque d'être trompée : il peut s'approprier les biens dont il n'est que dépositaire, les vendre valablement, car, aux yeux des tiers, il est réputé propriétaire et la contre-lettre ne leur est pas opposable. On peut craindre des difficultés avec ses héritiers, qui récla-

meront parfois, comme faisant partie de la succession de leur auteur, les biens acquis par lui pour le compte de l'association. Ainsi, à la mort du P. Lacordaire, un de ses frères revendique contre des Dominicains sept couvents.

Mais les associations qui recourent à l'interposition de personnes, s'affranchissent de la tutelle de l'administration, et c'est un avantage qui leur semble souvent préférable à la situation privilégiée qui résulterait pour eux du fait d'avoir obtenu la personnalité.

Connaissant les modes de constitution de la propriété corporative, nous rechercherons à quel régime elle est soumise, comment elle se conserve. Par la force même des choses, le régime des propriétés corporatives diffère de celui des propriétés individuelles. La propriété individuelle est utilisée par le propriétaire lui-même : son droit et son intérêt se confondent. A moins qu'il ne soit exceptionnellement incapable, il veille lui-même à la conservation de son bien ; il est en mesure de le sauvegarder et de le défendre. Au contraire, les bénéficiaires de la propriété corporative ne peuvent pas, le plus souvent, l'administrer. Prenons comme exemple un établissement affecté au service des malades : tous ceux qui recevront des soins dans cette maison seront les bénéficiaires de l'œuvre. Mais d'autres personnes devront pourvoir à son administration. Le plus souvent, ces administrateurs devront être rénumérés : ainsi, une partie des ressources destinée aux besoins des pauvres se trouvera absorbée improductivement. Insensiblement, ils chercheront à s'approprier les profits de cette propriété corporative, qu'ils ont mission de conserver. Ils ne se considéreront pas comme étant au service des bénéficiaires, mais considéreront plutôt ceux-ci comme leurs subordonnés. Pour le directeur d'un hôpital, le malade est un administré.

Autre infériorité : pour améliorer, il faut faire acte d'initiative, de vigilance, courir des risques, accepter des responsabilités. Les administrateurs du patrimoine d'autrui y seront peu disposés : ils apprécieront surtout la sécurité et la tranquillité dans l'administration. S'il s'agit d'un placement mobilier, leur choix se portera sur les titres de tout repos : pour les immeubles, on recherchera les locations principales, les baux à long terme (emphyteose,

enzel) dégageant le propriétaire de toute obligation. On n'obtient habituellement ces avantages qu'au prix d'une diminution sensible de revenus. Cependant l'emphyteote peut devenir parfois une source de profits lointains : l'emphyteose pendant de longues années ne paiera qu'une redevance modique, mais à l'expiration du bail, le propriétaire bénéficiera des défrichements et des constructions qui auront été faits. D'autres fois, l'association verra surtout dans ses biens un moyen d'influence : elle essayera de se constituer une clientèle. C'est ainsi et dans ce but, que l'Eglise, au moyen âge, a usé du précaire.

On ne sera donc pas surpris de constater que l'Etat s'inquiète de l'existence de ces propriétés corporatives. Elles sont, en effet, plus redoutables pour lui que les fortunes individuelles. La propriété ne donne plus la souveraineté, mais conserve toujours une certaine influence sociale. Une société pourra tenter d'en abuser. C'est un danger particulièrement à craindre dans une démocratie, où l'on peut agir à la fois sur l'élection et sur l'élu. Une association qui peut à un moment donné engager une grosse somme dans une entreprise électorale, constituer et subventionner des comités, acheter des journaux, trouble ou dirige à son gré l'opinion, sans qu'elle s'en doute. Une autre conséquence fâcheuse, c'est que les propriétés corporatives soumises aux modes d'administration que nous avons indiqués, soustraites à la circulation, donneront presque toujours une production inférieure à celle de la propriété privée et paieront proportionnellement beaucoup moins d'impôts. Enfin, l'État, qui a pour principal office de maintenir le droit (1), doit, par cela même, exercer sur la propriété corporative une surveillance particulière, assurer le respect des statuts et de la volonté du fondateur, protéger les bénéficiaires contre les administrateurs, sauvegarder l'avenir de l'œuvre.

Pour répondre à ces diverses sortes de préoccupations, on a pris dans toutes les législations de très nombreuses mesures politiques, fiscales, administratives.

Il suffit de rappeler qu'encore actuellement, dans notre droit, toutes les associations non autorisées de plus de vingt personnes

(1) V. Taine, *Régime moderne*, t. I, p. 146.

sont interdites; les autres sont licites, mais pas plus que les associations simplement autorisées, elles ne peuvent, en principe, avoir de patrimoine, à moins que la personnalité civile ne leur ait été conférée. Même investies de la personnalité, les associations ne peuvent acquérir à titre gratuit sans autorisation. Enfin, certaines associations ne possèdent qu'une capacité limitée : par exemple, les sociétés de secours mutuels ne peuvent avoir que des biens mobiliers (1); les syndicats professionnels ne peuvent acquérir que des meubles et les immeubles nécessaires à leur fonctionnement (2).

La loi fiscale frappe les associations d'impôts supplémentaires qu'on justifie en les présentant comme créés à titre de compensation : la taxe des biens de mainmorte, le droit d'accroissement imposé aux congrégations.

Les mesures purement administratives, ayant uniquement pour fin d'assurer la conservation des fondations, d'empêcher que l'œuvre ne soit détournée de son but, ont en France peu d'importance. Certains établissements (monts-de-piété, caisses d'épargne) sont soumis à une tutelle spéciale portant surtout sur leurs finances. Les fondateurs, donateurs et leurs ayants cause ont le droit de demander aux tribunaux la révocation des libéralités pour inexécution des charges. En Angleterre, une commission spéciale, la *Charity-Commission*, composée de sept jurisconsultes, est chargée de surveiller les fondations, de mettre, au besoin, leurs statuts d'accord avec la loi ou les mœurs : nous verrons qu'elle s'est surtout occupée des fondations scolaires. En abrogeant les distinctions de secte, en reformant les plans d'études, elle s'est efforcée de concilier le respect de la volonté du disposant avec la nécessité de subir l'action du temps, de se transformer sous peine de décliner et disparaître. Des mesures d'une portée et d'un caractère différents ont été prises en Italie par la loi du 17 juillet 1890 sur les œuvres de charité, à la suite d'une enquête effectuée par une commission extraparlementaire, qui fut amenée à constater de très graves et nombreux abus.

(1) Loi du 1er avril 1898.
(2) Loi du 21 mars 1884, art. 6, al. 3.

Cette enquête releva notamment que près du tiers des revenus de ces œuvres se dépensait en frais d'administration.

Ainsi, comme toutes les institutions, la propriété corporative porte en elle des germes de mort. Les causes d'extinction peuvent se ramener à trois.

1° La fondation perd son objet ou son utilité. Les limites de nos prévisions sont bornées; les circonstances économiques ou l'état social, en vue desquelles une œuvre est créée, se modifient; l'œuvre devient sans raison d'être. Ainsi s'étaient fondées au moment des croisades de nombreuses associations militaires ou religieuses destinées à protéger ou secourir les pèlerins. Tous ces ordres durent se transformer ou disparaître, lorsqu'il n'y eut plus de croisades. Le même sort attendrait les sociétés de secours aux blessés qui existent aujourd'hui, si l'on parvenait jamais à supprimer la guerre.

2° La seconde cause d'extinction du patrimoine d'association, c'est le partage des biens entre les associés.

Nous aurons bientôt l'occasion d'indiquer que ce qui caractérise la propriété collective, c'est la préoccupation d'un intérêt collectif. Les associés en se rapprochant font acte d'abnégation, se subordonnent à un intérêt supérieur. Mais au fur et à mesure qu'on s'éloigne de la période souvent héroïque des débuts, un autre état d'âme apparaît. Au lieu de se dévouer à la société, on tire profit de son existence et de ses ressources. L'esprit d'association fait place à l'égoïsme; un moment vient où les associés ne pensent plus qu'à eux-mêmes, s'approprient les biens de la société et finissent par se les partager.

3° Reste une dernière cause d'extinction, qui nous paraît être de beaucoup la plus importante. L'association excite la convoitise et devient la proie d'un groupement plus puissant. Nous aurons l'embarras de choisir entre d'innombrables exemples : nous verrons qu'à toutes les époques et dans tous les pays l'État s'est attribué beaucoup de propriétés corporatives. L'acquisition se réalise dans des conditions, pour des causes et sous des noms très différents, mais le phénomène sociologique dans tous les cas reste le même.

J. CHARMONT.

BIBLIOGRAPHIE

Traité théorique et pratique de droit international privé,

par M. André Weiss, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris, membre de l'Institut de droit international.

Tome quatrième. — Le conflit des lois, second volume.

Compte rendu par M. A. Mérignhac, professeur de droit international public et privé à la Faculté de droit de l'Université de Toulouse.

M. Weiss donne au public le second volume de son étude sur le conflit des lois. Il débute par la paternité et la filiation et se préoccupe successivement du cas où l'enfant est légitime et de celui où il est naturel; il arrive ensuite aux enfants légitimés et aux enfants adoptifs. Il envisage enfin la puissance paternelle. L'étude de ces divers points complète le chapitre III déjà abordé dans le volume précédent, chapitre consacré aux conflits de lois relatifs à la personne considérée dans ses rapports avec la famille. Nous retrouvons, dans les pages écrites sur les divers développements ci-dessus indiqués, la même sûreté d'analyse et de méthode, la même richesse de documents et d'informations que dans les volumes précédents. Après un examen rapide des législations étrangères, l'auteur arrive au conflit de lois qu'il tranche par application de la loi personnelle combinée avec les exigences de l'ordre public international et les applications de la règle : *locus regit actum*. L'ordre public international soulève, en la matière, des questions délicates, par exemple, celle de savoir si l'article 316 du Code civil impose à ce titre la limitation de l'action en désaveu. Sagement, M. Weiss écarte ici l'idée de l'ordre public, mû par ce sentiment que si on en exagère la portée, on réduit à néant la notion du statut personnel. Dans l'application de la loi personnelle, surgissent, d'autre part, des points douteux.

Préférera-t-on, par exemple, au sujet de la filiation légitime, la loi du père ou celle de l'enfant? M. Weiss se prononce pour la loi de l'enfant, en partant de ce point de vue que, toutes les fois qu'un conflit de lois s'élève entre deux lois personnelles, il faut donner la préférence à celle de la partie dont l'intérêt est le plus

directement en cause. Enfin, la règle *locus regit actum* trouve en la matière des applications intéressantes, notamment à propos des formes de la reconnaissance volontaire qui s'impose, à titre impératif, d'après l'auteur, toutes les fois que le père et l'enfant sont citoyens de deux États différents, tandis que, s'ils relèvent de la même patrie, la reconnaissance est valablement opérée, soit suivant la *lex loci*, soit conformément à leur loi personnelle commune.

Mentionnons les développements fort intéressants consacrés à la recherche judiciaire de la paternité et de la maternité naturelle et aux questions d'ordre public qu'elle soulève, ainsi que ceux relatifs aux divers modes de légitimation si différents dans les diverses législations, parce qu'ils touchent à l'organisation même de l'état social. Ici, encore, intervient l'ordre public international qui pérmettra de repousser, par exemple, la légitimation par mariage subséquent, quand elle produirait un effet en opposition avec cet ordre public, telle que la légitimation en France d'un enfant né d'un commerce adultérin ou incestueux. Signalons aussi les divers problèmes afférents à l'adoption et à la puissance paternelle, tels que ceux concernant la capacité de l'adoptant et de l'adopté et les effets de l'adoption, ainsi que la controverse relative à la jouissance légale sur les biens des enfants mineurs, et à la déchéance de la puissance paternelle.

Le chapitre IV traite des conflits de lois relatifs à la personne considérée dans ses rapports avec le patrimoine. M. Weiss établit en principe, dès le début, que les questions afférentes à cet ordre d'idées devront être tranchées par la doctrine de la personnalité du droit tempérée ou modifiée par l'ordre public international, par la règle *locus regit actum* et par l'autonomie de la volonté. Il fait ensuite application de cette doctrine aux divers éléments compris dans le patrimoine. Les droits patrimoniaux sont réels, personnels ou intellectuels; M. Weiss se préoccupe successivement de chacun d'eux.

Les droits patrimoniaux réels englobent la propriété, les servitudes prédiales ou personnelles et les sûretés réelles. Ils sont envisagés relativement à la législation comparée en premier lieu et puis quant aux conflits.

A propos du droit de propriété, M. Weiss estime que, si on

l'envisage en lui-même, abstraction faite de celui qui l'exerce dans son intérêt particulier, il est gouverné, dans sa nature, dans son étendue et dans ses éléments, par la loi du pays où se trouve son objet, parce qu'il se lie aux intérêts essentiels de l'État, à son régime économique et à son droit public. Les conséquences de l'idée sont fécondes et l'auteur les met successivement en lumière, sans qu'il nous soit possible de le suivre en détail. Relativement aux servitudes prédiales, il fait très nettement la part qui revient à ce quadruple ordre d'idées : loi personnelle des parties, ordre public international, lois de forme, autonomie de la volonté. En ce qui concerne les servitudes personnelles, il fait observer que si la *lex rei sitæ* est seule compétente pour fixer l'essence et la nature de la modification qu'elles font subir au droit de propriété, la loi à laquelle ressortissent les parties et la volonté de ces parties elles-mêmes, jouent parfois un rôle prédominant dans leur constitution et dans leurs effets.

Des développements importants sont consacrés à la matière des sûretés réelles, à propos desquelles M. Weiss indique combien sont pressantes et légitimes, en cette matière, les exigences de l'ordre public international. Tout ce qui concerne les droits de préférence entre créanciers en France, les biens que ces droits peuvent grever, la publicité de la constitution et de la transmission, ainsi que les effets principaux intéressant au plus haut point le régime de la propriété, répond aux exigences du crédit, et, par suite, s'impose à l'observation de tous, Français et étrangers, sur notre territoire. Sans pouvoir insister comme il conviendrait, citons, par exemple, la critique très étudiée que fait M. Weiss de l'art. 2128 du Code civil, la discussion relative aux hypothèques légales des incapables et l'application aux privilèges de la *lex rei sitæ*.

Une place spéciale est faite aux navires parmi les choses susceptibles de faire l'objet d'un droit réel. M. Weiss s'occupe successivement de leur nationalité, de leur aliénation et du droit de gage qui les concerne. La forme des actes auxquels les navires peuvent donner lieu, sera celle du lieu où ces actes interviennent. M. Weiss se refuse ici, peut-être à tort, à accepter la *loi du pavillon* pour résoudre les conflits de lois qui s'élèvent à l'occasion des navires; en tout cas, s'il n'arrive point à con-

vaincre, il fournit à l'appui de sa thèse des arguments de nature à ébranler la conviction la mieux assise.

Arrivant aux droits patrimoniaux personnels, M. Weiss aborde l'examen des droits de créance ou d'obligation. Il étudie, à propos des obligations conventionnelles, la capacité des parties, les formes du contrat, l'interprétation de ses termes, sa nature, sa substance, ses effets, et se prononce, à ce dernier point de vue, pour l'application de la loi personnelle commune aux parties. Si les contractants sont de nationalité différente, après une discussion très serrée et une argumentation fort judicieuse, l'auteur admet l'application de la *lex loci contractus*. Il examine ensuite l'importante matière des contrats par correspondance et les restrictions que comporte l'autonomie de la volonté à raison des considérations de l'ordre public local.

Après avoir exposé les principes qui régissent les obligations non conventionnelles, M. Weiss s'occupe du contrat et de la lettre de change, et donne en note le projet de l'Institut de droit international voté à la session de Bruxelles en 1885.

Au sujet des droits patrimoniaux intellectuels, l'auteur passe successivement en revue les droits littéraires et artistiques, les droits industriels et commerciaux. Les brevets d'invention, les dessins et modèles industriels et les marques de fabrique et de commerce reçoivent les développements qu'ils comportent, et une place toute spéciale est faite à la convention d'Union internationale de Berne, qui a créé en 1886, à propos des œuvres littéraires et artistiques, une législation uniforme si indispensable pour les rapports des peuples civilisés.

Le titre IV et dernier du volume que nous analysons, concerne la transmission du patrimoine à cause de mort; trois sections y sont consacrées aux successions *ab intestat*, aux testaments et au partage. M. Weiss rencontre tout d'abord sur sa route le grave problème de l'organisation du régime des successions; il se rallie avec raison, croyons-nous, conformément aux tendances des internationalistes modernes, à l'idée qui, par interprétation de la volonté du défunt, conduit à la suprématie de la loi personnelle. Il cite, à ce sujet, le projet de convention de La Haye, voté dans la troisième réunion de 1900. L'auteur entre ensuite

dans l'étude des questions de détail que soulève la succession *ab intestat* : ouverture de la succession, qualités requises pour succéder; indignité, dévolution de la succession; succession en déshérence, successions vacantes; saisine, acceptation et répudiation de la succession; obligation et contribution aux dettes, et il termine par l'examen des attributions des consuls.

Au sujet des testaments, il examine les diverses formes qui varient avec les pays, les questions de réserve, de substitution, de capacité; l'art. 999 fait l'objet d'une étude spéciale. Le partage vient en dernier lieu, dont le caractère attributif ou déclaratif est envisagé différemment par les législations positives. Enfin, un appendice est réservé aux conflits de lois relatifs aux personnes morales; M. Weiss est d'avis que la personne morale légalement existante en pays étranger, reconnue en France, ne poursuivant pas des vues opposées à l'intérêt général de l'État français, jouit d'une loi personnelle dont elle peut invoquer les dispositions devant nos tribunaux, même quand la loi française s'en est écartée pour des motifs étrangers à l'ordre public international.

Tel est le résumé très succinct de ce très substantiel volume de plus de 700 pages, auquel est jointe une fort utile table chronologique des décisions judiciaires rapportées. Il augmentera, si la chose était possible, le renom juridique déjà acquis à M. Weiss par les volumes antérieurs. Félicitons bien sincèrement, en terminant, notre distingué collègue, et disons-lui que les jurisconsultes attendront, impatiemment, ce qui reste à paraître du *Traité théorique et pratique de droit international privé*. C'est là le meilleur éloge que l'on puisse faire de son œuvre.

A. Merynhac.

La Revue *vient de faire une grande perte en la personne de son ancien directeur, M.* Edouard Laferrière, *procureur général à la Cour de cassation, ancien vice-président du Conseil d'État, ancien gouverneur général de l'Algérie.*

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. - Imp. F. Pichon, 24, rue Soufflot.

E. E. F. M.

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE DROIT MARITIME

(Année judiciaire 1899-1900)

Par M. Ch. Lyon-Caen,
Membre de l'Institut, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris.

Abandon. — Fret. — Renonciation. — Navigation. (Arrêt de la Cour d'appel de Douai du 23 novembre 1899) (1).

La brièveté des dispositions du Code de commerce sur l'abandon du navire et du fret contribue à faire naître constamment, sur cette faculté si précieuse pour les propriétaires de navires et d'un exercice si fréquent, des questions que la loi elle-même aurait dû trancher. Sur beaucoup de ces questions, l'incertitude règne et on rencontre dans la jurisprudence des décisions contradictoires.

La Cour d'appel de Rouen avait à statuer principalement sur deux questions, l'une concernant le fret à comprendre dans l'abandon et l'autre relative à la renonciation à la faculté d'abandon.

Si le propriétaire du navire qui veut mettre sa fortune de terre à l'abri des poursuites des créanciers doit comprendre dans l'abandon qu'il leur fait, le fret, aucune disposition légale ne détermine quel est exactement le fret à abandonner. Aussi les avis sont-ils divisés sur ce point. Il est certain que le propriétaire n'a pas à abandonner tous les frets acquis précédemment par le navire dans toutes les navigations qu'il a faites. Parmi ces frets, il en est qui font réellement partie de sa fortune de terre. Mais, tandis que les uns admettent que l'abandon doit comprendre le fret afférent au voyage durant lequel s'est produit le fait ou l'acte d'où est née l'obligation pour laquelle l'abandon a lieu, d'autres admettent que le fret à abandonner est celui qui est en cours ou qui vient de se terminer au moment de l'abandon.

Le premier système peut sembler le plus rationnel. Il est quelque peu exorbitant qu'en retardant le moment où il exerce

(1) *Revue internationale du Droit maritime*, XV, p, 402.

la faculté d'abandon, le propriétaire du navire puisse exercer une influence sur les sommes à abandonner aux créanciers. Mais, avec ce système, on se heurte à des difficultés extrêmes; parfois, l'abandon est fait à des créanciers dont les créances sont nées dans des voyages différents; le fret à abandonner à chacun varierait avec la date de la créance de chacun. Le plus simple paraît être d'admettre que le fret à abandonner est celui du voyage qui est en cours ou qui vient de se terminer au moment où l'abandon est fait. C'est ce qui décide la Cour de Douai.

Au sujet de la renonciation à la faculté d'abandon, les tribunaux ont eu assez souvent à résoudre la question de savoir si cette renonciation résulte de ce que le propriétaire du navire a continué à le faire naviguer après qu'il a été actionné en justice par des créanciers. La renonciation ne se présume pas et l'on ne peut assimiler une assignation à une saisie du navire. Aussi l'abandon est-il possible, même après l'introduction d'une instance contre le propriétaire du navire. La Cour de Douai l'admet avec raison (1).

Abordage. — Dommages aux personnes. — Prescription. Art. 436, C. com.; art. 637 et suiv. C. inst. crim. (Arrêt de rejet de la Chambres des requêtes du 13 mars 1900) (2).

La Chambre des requêtes tranche dans cet arrêt une question de prescription en matière d'abordage : l'action en indemnité pour dommages causés aux personnes par un abordage maritime (blessures ou mort), est-elle soumise à la prescription d'un an établie par l'art. 436, C. com., ou à la prescription de dix ou de trois ans, quand l'abordage a été causé par un fait constituant un crime ou un délit correctionnel?

La Chambre des requêtes écarte la prescription annale et se prononce pour la prescription de dix ou de trois ans.

(1) D'anciens arrêts ont adopté une solution opposée. V. Poitiers, 3 juill. 1876, D. 1877. 2. 70. — V. sur la critique de cet arrêt, de Courcy, *Questions de Droit maritime* (2e série), p. 175 et suiv.; Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial*, V, n° 271.

(2) *Revue internationale du Droit maritime*, XV, p. 577; *Journ. de jurisprudence de Marseille*, 1900. 2. 46; *Recueil de jurisprudence de Sirey et Journal du Palais*, 1900. 1. 257.

La solution est d'une parfaite exactitude. Mais l'arrêt ne donne pas les motifs sur lesquels elle doit être appuyée, et par contre, l'appuie sur deux motifs, dont l'un constitue une erreur de droit et dont l'autre est, au moins, très contestable.

Il est utile d'indiquer ici les motifs qui justifient la décision de la Chambre des requêtes, de constater les motifs de l'arrêt et de montrer en quoi ils sont critiquables.

Les anciens articles 435 et 436, C. com., soumettaient à une fin de non-recevoir très rigoureuse les actions en indemnité pour abordage maritime : ces actions étaient déclarées non recevables quand le capitaine n'avait pas fait une réclamation signifiée dans les vingt-quatre heures et si la signification n'avait pas été suivie dans le mois d'une demande en justice.

On s'accordait à reconnaître que cette fin de non-recevoir s'appliquait seulement aux actions fondées sur des dommages causés aux navires ou aux marchandises, non aux actions relatives aux dommages causés aux personnes. Les dernières actions étaient soumises seulement soit à la prescription de trente ans, soit à la prescription de dix ou de trois ans quand l'abordage avait sa cause dans un crime ou dans un délit (art. 637 et 638, C. d'instr. crim.). On appliquait ainsi à ces actions les règles du droit commun à défaut de disposition spéciale.

Les anciens articles 435 et 436 étaient pourtant conçus en termes généraux; *ils visaient toute action en indemnité pour dommages causés par l'abordage*. Mais les motifs qui avaient fait établir la fin de non-recevoir, n'ayant aucune valeur pour les dommages causés aux personnes, on ne devait pas l'appliquer aux actions fondées sur ces dommages, *Cessante ratione legis cessat lex*. Valin, dans son commentaire sur l'article de l'ordonnance de 1681 auquel correspondaient les anciens articles 435 et 436, C. com., disait pour justifier la fin de non-recevoir : « Les accidents maritimes sont si fréquents qu'il se pourrait « qu'un navire, après avoir été abordé par un autre, subît, dans « un intervalle assez court, d'autres avaries dont on dissimulerait « la cause, pour les faire regarder comme une suite naturelle ou « même comme un effet direct de l'abordage. Tel est le motif de « la brièveté de l'action concernant l'abordage, et rien assurément

« n'est plus juste pour éviter les surprises. » On ne saurait assurément invoquer ces motifs à l'occasion des actions pour dommages causés aux personnes par un abordage. Il faudrait des circonstances tout à fait extraordinaires pour qu'une personne fût victime d'accidents de mer successifs survenus à des époques très rapprochées.

La prescription annale a été substituée par la loi du 24 mars 1891 à la fin de non-recevoir. Comme les anciens art. 435 et 436, le nouvel art. 436 parle, en termes généraux, de *toute action en indemnité pour dommage provenant d'abordage*. Mais il n'apparaît nullement qu'on ait voulu attribuer à la prescription nouvelle une portée que n'avait pas la fin de non-recevoir (1).

Ces motifs si simples et si décisifs ne sont pas indiqués dans notre arrêt. En revanche, il en indique deux autres qu'il importe de réfuter.

Le premier motif que donne la Chambre des Requêtes se rattache aux art. 637 et 638 du Code d'instruction criminelle. Ces articles, qui accordent à toute personne, victime d'une infraction à la loi pénale le droit d'exercer l'action civile pendant un temps égal à la durée de l'action publique, sont destinées à assurer la sécurité des personnes et, comme telles, d'ordre public. Les art. 637 et 638 du Code d'instruction criminelle doivent, à ce titre, prévaloir contre l'art. 436 du Code de commerce.

Il y a dans ce motif de l'arrêt de la Chambre des requêtes une confusion qui constitue une véritable erreur de droit. Sans doute la règle des art. 637 et 638 sur la durée de l'action civile est d'ordre public. Mais elle n'a ce caractère que dans un sens restreint; elle est d'ordre public en ce sens que la durée de l'action civile ne peut dépasser celle de l'action publique; mais elle ne met nullement obstacle à ce que l'action civile dure moins que l'action publique.

Le législateur a pensé qu'il y aurait une sorte de scandale à ce que l'action civile pût être exercée encore à raison d'une infraction à la loi pénale quand, par suite de la prescription de l'action publique, la répression pénale n'est plus possible. Mais il n'y a ni

(1) V. *Revue critique de législ. et de jurispr.*, 1888, p. 356.

scandale ni inconvénient d'aucune sorte à ce que l'action civile s'éteigne alors que l'action publique subsiste encore. Il y a même un cas où la survivance de l'action publique à l'action civile est consacrée par une disposition légale formelle; selon l'art. 4, C. instr. crim., *la renonciation à l'action civile ne peut arrêter ni suspendre l'exercice de l'action publique*. On ne peut donc pas écarter la prescription annale de l'art. 436, C. com., pour l'action en indemnité à raison de dommages causés à des personnes par un abordage maritime, sous le prétexte que l'action civile doit durer autant que l'action publique.

Si, du reste, la solution opposée était exacte, il faudrait évidemment l'admettre, par identité des motifs, même pour les actions relatives à des dommages causés par un abordage maritime à un navire ou à des marchandises. Ces actions, quand il y aurait délit correctionnel, ne se prescriraient que par trois ans. Ainsi, avec la doctrine que la Chambre des requêtes a consacrée, la prescription d'un an serait presque toujours exclue, au profit de la prescription de trois ans, en cas d'abordage maritime; car, depuis la loi du 10 mars 1891 sur *les accidents et collisions en mer*, il y a d'ordinaire délit correctionnel par cela seul que l'abordage provient d'une faute.

b) L'arrêt de la Chambre des requêtes s'appuie sur un autre motif pour déclarer non applicable la prescription annale de l'art. 436, C. com. : il déclare que cette prescription n'est faite que pour *les actions dérivant de faits commerciaux*. Dans l'espèce, l'action était exercée contre la Compagnie transatlantique à raison de blessures éprouvées par la femme du capitaine du navire de cette compagnie dont des matelots avaient causé l'abordage par leur faute.

Ce motif donné par la Chambre des requêtes, implique que, selon elle, un délit commis par un commerçant dans l'exercice de sa profession ou par ses employés dans l'exercice de leurs fonctions, n'engendre pas à la charge de ce commerçant une obligation commerciale.

Il y a là une doctrine, tout au moins, très contestable et contraire à la jurisprudence générale : celle-ci reconnaît que les obligations d'un commerçant qui se rattachent à son commerce,

sont commerciales, qu'elles proviennent de contrats, de quasi-contrats ou de faits illicites.

Il est vrai seulement qu'il y a quelques controverses sur la portée exacte de cette théorie en ce qui concerne les obligations nées de faits illicites. Ainsi, il a été parfois soutenu qu'elle s'applique en cas de dommages causés à des choses, non en cas de dommages causés à des personnes. Cette distinction paraît n'avoir aucun fondement.

On a aussi prétendu que les obligations résultant d'un fait illicite ne sont commerciales que lorsque l'auteur de ce fait et la personne lésée sont l'un et l'autre des commerçants. Mais l'exigence de la qualité de commerçant chez la personne lésée ne peut se justifier. Quand il s'agit d'obligations contractuelles, il n'est pas douteux qu'elles peuvent être commerciales pour le débiteur, encore qu'elles n'aient point ce caractère pour le créancier. On ne voit pas pourquoi il en serait autrement pour les obligations délictuelles et quasi-délictuelles.

On ne peut donc pas dire que la prescription d'un an établie par l'art. 436, C. com., n'étant faite que pour les actions nées de faits commerciaux, est sans application à l'action en indemnité pour dommage causé à personne par un abordage.

Accidents du travail. — Employés à bord des navires. (Arrêt de la Cour d'appel d'Aix du 2 août 1900) (1).

La loi du 9 avril 1898, relative aux responsabilités des patrons à raison des accidents industriels, a donné naissance à de nombreuses difficultés. Celles-ci sont d'une grande variété; les principales se rattachent à l'art. 1 de cette loi, concernent les professions et les personnes auxquelles s'applique cette loi. C'est une difficulté de cette nature qui s'est présentée devant la Cour d'appel d'Aix.

Dans l'espèce, un garçon d'hôtel à bord du paquebot *Chanzy* de la Compagnie transatlantique, avait été, pendant son service dans le port de Marseille, blessé par le fait d'un autre employé, également en service, et avait porté son action en indemnité

(1) *Journ. de jurisprudence commerc. et marit. de Marseille*, 1901. 1. 33; *Revue intern. du Droit maritime*, XV, p. 29.

devant le tribunal *civil* de Marseille, en réclamant l'application de la loi du 9 avril 1898. La Compagnie transatlantique soutenait, au contraire, que cette loi n'est pas applicable au personnel des navires faisant des transports par mer. Elle en concluait que le droit commun devait seul être appliqué.

L'importance de la question ainsi soulevée est grande; elle présente de l'intérêt à la fois au point de vue de la compétence et des conditions du succès de l'employé blessé dans sa demande et du montant possible de la condamnation de la Compagnie défenderesse.

En effet, d'après la loi du 9 avril 1898 (art. 16), les actions en indemnité à raison d'accidents industriels sont, en cas d'incapacité permanente, de la compétence du tribunal civil, tandis que, d'après les art. 633 et 631 3e, C. com., le tribunal de commerce est compétent pour connaître des contestations relatives à *tous engagements de gens de mer pour le service des bâtiments de commerce*. Puis, la loi du 9 avril 1898 admet la responsabilité du patron, quelle que soit la cause de l'accident, tandis que, d'après le droit commun tel qu'il est interprété par la jurisprudence, le patron n'est responsable qu'autant que l'existence d'une faute est prouvée à sa charge. Enfin, l'indemnité est fixée à forfait par la loi du 9 avril 1898, tandis que, d'après le droit commun, elle varie avec le dommage réellement souffert.

Le tribunal civil de Marseille s'est déclaré compétent, et la Cour d'appel d'Aix a confirmé ce jugement en adoptant les motifs des premiers juges et en déclarant que *ces motifs étaient fondés sur les termes très clairs et non équivoques de l'article 1 de la loi du 9 avril 1898*.

Nous adhérons pleinement à cette solution.

L'article 1 de la loi du 9 avril 1898 mentionne, parmi les industries auxquelles la loi nouvelle s'applique, *sinon les entreprises de transports* PAR MER, comme le dit à tort le tribunal civil de Marseille, du moins *les entreprises de transports* PAR EAU. Cette dernière expression comprend les transports par mer. Sans doute, les gens de mer *inscrits* ne peuvent pas invoquer la loi du 9 avril 1898; cela a été déclaré à plusieurs reprises dans les longues discussions qui ont précédé l'adoption de la loi du

9 avril 1898. De plus, en faveur des gens de mer inscrits, une loi du 21 avril 1898 a créé une caisse spéciale de prévoyance contre les risques et accidents de leur profession, et, dans l'exposé des motifs de cette loi votée sans discussion, il a été indiqué de nouveau que la loi du 9 avril 1898 est étrangère aux gens de mer *inscrits :* « Le Parlement vient d'achever à peine l'élaboration d'une loi concernant la responsabilité des accidents dont les ouvriers sont victimes dans le travail, qui ne vise pas les industries maritimes, c'est-à-dire la navigation et la pêche pratiquées par les inscrits. »

Le personnel non inscrit attaché au service des bâtiments de commerce n'étant pas soumis à la loi spéciale du 21 avril 1898, il est naturel qu'il puisse invoquer la loi du 9 avril 1898, cette loi forme le droit commun pour les entreprises de transport.

La solution ainsi admise est conforme à celle qu'a adoptée, le 24 janvier 1900, le Comité consultatif des assurances institué au Ministère du commerce et de l'industrie (1).

Ce Comité a eu à s'occuper d'une question subsidiaire qui n'a pas été soumise encore aux tribunaux. En admettant que le personnel non inscrit des navires de commerce bénéficie de la loi du 9 avril 1898, le propriétaire du navire tenu en vertu de cette loi a-t-il la faculté de se libérer de l'obligation qui en résulte pour lui en abandonnant le navire et le fret, par application de l'art. 216 C. com.? Le Comité consultatif des assurances contre les accidents du travail a admis que la faculté d'abandon n'existe pas dans ces circonstances. Cette solution nous semble d'une parfaite exactitude. L'art. 216 C. com. n'accorde pas au propriétaire de navire le droit de se libérer, par l'abandon du navire et du fret, de *toutes* les obligations dont il est tenu, mais seulement de celles dont il est tenu à raison des faits et des actes du capitaine. La responsabilité qui incombe au propriétaire de navire en vertu de la loi du 9 avril 1898 ne dérive pas des faits ou actes du capitaine; elle est imposée directement par la loi à ce propriétaire, et il n'est pas douteux qu'elle existe en l'absence de toute faute du capitaine.

(1) V. le texte de cet arrêt dans la *Revue internationale du Droit maritime*, XV, p. 709.

Au reste, même en reconnaissant le caractère civil de l'obligation de réparer le dommage causé à une personne, on n'aurait pas tranché réellement la question de prescription. Rien dans l'art. 436 C. com. n'implique qu'il est sans application aux actions nées d'un abordage ne constituant pas un fait commercial, et aucun principe ne peut être invoqué pour exclure en pareil cas la prescription annale.

Accident. — Gens de mer. — Responsabilité. — Faute lourde. (Arrêts de la Cour d'appel d'Aix des 29 décembre 1899 et 13 avril 1901) (1).

La loi du 9 avril 1898 sur la responsabilité des patrons à raison des accidents industriels ne s'applique certainement pas aux gens de mer inscrits, ainsi que nous l'avons indiqué plus haut. Il résulte de là qu'en principe, tout au moins, en cas d'accident survenu à un marin inscrit dans l'exercice de sa profession, il y a lieu à l'application des art. 1382 et 1383 du Code civil. Cela implique notamment, *a.* que la responsabilité de l'armateur suppose que l'accident est provenu d'une faute de celui-ci ou de celle d'une personne placée sous ses ordres (art. 1384, C. civ), *b.* que les dommages-intérêts alloués aux marins inscrits victimes de l'accident ne sont pas fixés par la loi à forfait, qu'ils sont déterminés par le juge d'après l'étendue du préjudice souffert. Mais la responsabilité de l'armateur existe-t-elle par cela seul qu'il y a eu une faute légère de sa part, ou faut-il, pour que l'armateur soit responsable, qu'il y ait de sa part une faute soit intentionnelle, soit lourde?

Cette question d'une grande importance pratique s'est élevée à plusieurs reprises depuis 1898, et elle n'a pas été tranchée de la même manière par les différentes juridictions.

Le tribunal de commerce de Marseille a plusieurs fois décidé qu'une faute légère suffit pour engendrer la responsabilité de l'armateur (2). Il en a été de même du tribunal de commerce de

(1) *Journal de jurisp. commerc. et marit. de Marseille*, 1901, p. 244.

(2) Jugements du tribunal de commerce de Marseille des 1er sept. 1899, 4 avr. 1900, 21 sept. 1900, 27 mars 1901; *Journal de jurisprudence commerciale et maritime de Marseille*, 1899. 1. 404; 1900. 1. 216 et 394; 1901. 1. 245.

Dieppe (1). Au contraire, le tribunal de commerce du Havre (2) et la Cour d'appel d'Aix dans deux arrêts successifs ont décidé qu'une faute intentionnelle ou lourde est nécessaire pour que l'armateur soit responsable envers les marins inscrits, victimes d'accidents.

La difficulté se rattache aux art. 1382 et 1383 du Code civil et de l'art. 11 de la loi du 21 avril 1898 relative *à la création d'une caisse de prévoyance entre les marins français contre les risques et accidents de leur profession.*

Il suffit, pour qu'il y ait lieu à la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle des art. 1382 et 1383, C. civ., d'une faute légère. Cela n'est pas contestable et est conforme à une longue tradition. Il en était déjà ainsi dans le Droit romain quand il s'agissait de l'application de la loi Aquilia, origine des art. 1382 et 1383 de notre Code civil. C'est l'idée exprimée dans un texte du *Digeste* (3) devenu une sorte d'adage : *etiam levissima culpa in lege Aquilia venit.* Mais l'art. 11 de la loi du 21 avril 1898 dispose : *les dispositions ci-dessus ne font pas obstacle à ce que l'inscrit, ses ayants-cause ou la Caisse nationale de prévoyance subrogée à leurs droits, demandent directement, suivant les principes et règles du droit commun, des indemnités aux personnes responsables des* FAITS INTENTIONNELS *ou* FAUTES LOURDES *ayant déterminé la réalisation des accidents ou risques dont les dits inscrits auront été victimes.*

Ce dernier texte pris à la lettre, semble bien restreindre la responsabilité des armateurs envers les marins inscrits au cas de faute, soit intentionnelle, soit lourde. Mais on prétend que l'expression de *faute lourde* a, dans l'art. 11 de la loi du 21 avril 1898, non pas le sens ordinaire et traditionnel correspondant au sens de l'expression latine *lata culpa*, mais un sens tout spécial; elle signifierait *faute certaine* et, en employant cette expression, le législateur de 1898 aurait voulu seulement indi-

(1) Jugement du tribunal de commerce de Dieppe du 26 décembre 1900; *Journal de Marseille*, 1901. 2. 16.

(2) Jugement du tribunal de commerce du Havre du 29 mai 1900; *Journal de jurisprudence commerciale et maritime de Marseille*, 1901. 2. 22.

(3) Digeste, *Ad legem Aquiliam* (IX, 2), L. 44 (Ulpien).

quer qu'il fallait que la faute *certaine* fût établie par le demandeur suivant les principes du droit commun. Les partisans de ce système font remarquer qu'une décision différente ferait produire à la loi du 21 avril 1898 des effets contraires à la fois à l'intention de ses auteurs et aux règles de l'équité. Le tribunal de commerce de Marseille a cherché à démontrer qu'il en est ainsi dans des motifs très développés qu'il est utile de résumer :

La loi du 21 avril 1898 a eu pour objet la création d'une caisse de prévoyance entre les marins français contre les risques et accidents de leur profession. Venant après celle du 9 avril 1898, elle a eu pour but, comme celle-ci, d'améliorer le sort des marins victimes d'accidents, bien que les deux lois diffèrent dans les moyens employés pour atteindre ce but. La loi du 21 avril 1898 n'a pas voulu faire peser sur l'armateur l'obligation de garantir les multiples risques purement professionnels qui menacent à chaque instant les marins. Mais il n'est pas admissible qu'elle ait entendu restreindre la responsabilité des armateurs en cas de faute très grave. Autrement, la situation des marins inscrits serait empirée, d'autant plus qu'ils ont à payer une cotisation à la Caisse de prévoyance.

La Cour d'Aix qui a repoussé cette doctrine, fait remarquer que le texte de l'art. 11 de la loi du 21 avril 1890 est clair et que, sans se préoccuper de savoir si la réforme qu'il consacre est bonne ou mauvaise, le juge a pour devoir d'en assurer l'application. La doctrine opposée dénature le sens d'une expression ancienne, en admettant que la faute lourde doit s'entendre simplement de la faute certaine dans la loi du 21 avril 1898. Du reste, on s'explique assez bien, comme l'indique la Cour d'appel d'Aix, que la responsabilité des armateurs ait été restreinte par la loi du 21 avril 1898. On a sans doute voulu ainsi contrebalancer la charge nouvelle que cette loi fait peser sur eux en les obligeant à payer une cotisation égale à celle des inscrits maritimes formant leurs équipages, pour alimenter la caisse de prévoyance.

Affrétement. — Clause de non-responsabilité à raison des fautes du capitaine. — Présomption de faute. (Arrêt de cassation de la Chambre civile du 18 juillet 1900) (1).

La Chambre civile a résolu, dans cet arrêt, une importante question de preuve qui se rattache à la clause de non-responsabilité du propriétaire du navire à raison des fautes du capitaine et des gens de l'équipage.

En fait, dans un connaissement délivré par la Compagnie transatlantique, se trouvait une clause selon laquelle elle ne répondait pas des barateries, vices d'arrimage, fautes ou négligences quelconques du capitaine, du pilote, des hommes d'équipage et de toutes autres personnes placées sous les ordres du capitaine ou embarqués à bord.

Une action en dommages-intérêts avait été intentée contre la Compagnie transatlantique à raison de ce qu'un fût de cognac chargé sur le navire, avait été débarqué complètement vide. La Compagnie se défendait en invoquant la clause de non-responsabilité. Le tribunal de commerce de la Seine avait écarté ce moyen de défense et condamné la Compagnie, en se fondant sur ce que la Compagnie ne faisait pas la preuve qui lui incombait, de la faute du capitaine ou des gens de l'équipage.

Sur le pourvoi formé par la Compagnie transatlantique, la Chambre civile a cassé ce jugement. Le motif sur lequel est fondé l'arrêt de cassation est ainsi conçu :

« Attendu qu'aux termes de l'art. 222, C. com., le capitaine est « responsable des marchandises dont il prend charge, et que, « d'après l'art. 230 du même Code, sa responsabilité ne cesse « que par la preuve de la force majeure; qu'à défaut de cette « preuve, la perte ou les avaries lui sont, en conséquence, imputables, et, qu'ainsi, il est présumé en faute quand il ne représente pas les marchandises à l'arrivée du navire ; que la Compagnie transatlantique n'avait donc pas, dans l'espèce, à faire « une preuve qui résultait de la loi elle-même, et que, dès lors, « en prononçant contre elle la condamnation réclamée..., sans

(1) *Revue internationale du Droit maritime*, XVI, p. 146.

« relever aucune faute à sa charge, le jugement attaqué a violé « les articles susvisés (art. 1134 et 1131), C. civ. ».

Cette solution est fort spécieuse, et nous avions cru nous-même devoir l'approuver (1). Cependant, des doutes très graves peuvent être soulevés sur son exactitude.

L'idée d'une présomption de faute du capitaine est contestable. Si le capitaine a à démontrer un cas fortuit ou de force majeure pour échapper à la responsabilité quand il ne délivre pas les marchandises au port de destination, c'est que, tenu d'une obligation qu'il n'exécute pas, c'est à lui à établir le fait à raison duquel il se trouve libéré (art. 1147, 1302, 1315, C. civ.). La perte pouvait provenir, du reste, non seulement de la faute du capitaine ou d'un cas fortuit ou de force majeure, mais aussi de la faute de la Compagnie. Dans ce dernier cas, la clause de non-responsabilité eût été non applicable. On ne voit pas pourquoi on présumerait plutôt la faute du capitaine que celle de la Compagnie qui avait joué le rôle d'armateur. La Chambre civile ne crée-t-elle pas ici une présomption légale en dehors des cas où la loi en admet?

Affrétement. — Fin de non-recevoir de l'art. 435, C. com. — Propriétaire du navire. — Prescription. — Tribunal incompétent. (Arrêt de rejet de la Chambre des requêtes du 26 février 1900) (2).

La Chambre des requêtes a eu à statuer dans cet arrêt sur deux questions se rattachant aux dispositions de l'art. 435, C. com. Ces deux questions étant sans lien logique entre elles, il y a lieu de les examiner séparément.

A. L'art. 435, C. com., dispose que *sont non recevables toutes actions contre le* CAPITAINE *et les assureurs pour dommages arrivés à la marchandise, si elle a été reçue sans protestation*, et que *la protestation est nulle si elle n'a été signifiée dans les 24 heures et suivie dans le mois d'une demande en justice.*

Il résulte des termes mêmes de l'art. 435 qu'il peut être

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial* (3e édit.), V, n° 744 *bis*.

(2) *Revue internationale du Droit maritime*, XV, p. 595.

invoqué par le capitaine. Mais peut-il l'être aussi par l'armateur alors qu'il s'agit d'une faute personnelle de celui-ci commise au port d'armement? On soutenait que l'art. 435 devait être écarté. Au premier abord, on pourrait être tenté de se ranger à cette opinion; les fins de non-recevoir sont de droit étroit, et l'art. 435 vise le capitaine sans parler de l'armateur. Mais la Chambre des requêtes a reconnu avec raison que la fin de non-recevoir de l'art. 435, C. com., s'applique en cas de dommages causés par l'armateur lui-même. D'abord, les motifs qui le justifient, se présentent avec une égale force, que les dommages soient causés par le capitaine ou par l'armateur. Il est toujours vrai qu'il y aurait de graves inconvénients à ce que les questions de responsabilité se rattachant à l'affrètement ne fussent pas tranchées promptement; on arriverait plus difficilement à déterminer les causes exactes des avaries. Puis, le Code de commerce met d'ordinaire toujours en jeu le capitaine et le plus souvent c'est l'armateur lui-même qui est désigné sous ce nom.

B. D'après l'art. 2246 du Code civil, *la citation en justice, donnée même devant un juge incompétent, interrompt la prescription.* Dans l'espèce, l'armateur avait été bien actionné dans le mois de la signification de la protestation, comme cela est exigé pour que la fin de non-recevoir de l'art. 435, C. com., ne soit pas opposable. Mais la demande avait été portée devant un juge incompétent. Il était soutenu que, par suite, la demande devait être réputée non avenue, et qu'ainsi, la fin de non-recevoir était opposable. La Chambre des requêtes repousse cette solution et admet qu'il y a eu une interruption du délai d'un mois par suite de la formation de la demande, bien que le juge fût incompétent, par application de l'art. 2246, C. civ., et qu'en conséquence, le délai d'un mois a commencé à courir de nouveau à partir du jugement d'incompétence. Elle déduit cette solution de ce que le délai d'un mois est, dans l'art. 435, un délai de prescription et non une déchéance.

Affrètement. — Vol. — Clause de non-responsabilité du propriétaire du navire. (Arrêt de cassation de la Chambre civile du 25 octobre 1899) (1).

La validité de la clause de non-responsabilité du propriétaire du navire à raison des fautes du capitaine et des gens de l'équipage n'est plus contestée dans la jurisprudence. Mais bien des difficultés concernant la portée exacte de cette clause sont encore fréquemment soulevées. C'est une difficulté de cette nature qu'a tranchée la Chambre civile dans son arrêt de cassation du 25 octobre 1899.

Les connaissements portaient que la « Compagnie ne répondait « pas des barateries, nées d'arrimage, fautes ou négligences quel- « conques du capitaine, du pilote, des hommes de l'équipage ou « de toutes autres personnes placées sous les ordres du capitaine « ou embarquées à bord du navire, à quelque titre que ce soit. » Les marchandises chargées étaient des éponges formant un certain nombre de balles; celles-ci portaient des traces de soustraction et un certain nombre de kilogrammes d'éponges manquaient. La Compagnie transatlantique, actionnée en responsabilité, invoquait, pour échapper à toute condamnation, la clause du connaissement qui vient d'être reproduite. Mais le tribunal de commerce de la Seine, par un jugement du 28 avril 1897, a condamné la Compagnie en déclarant que la clause de non-responsabilité ne saurait être étendue à des soustractions, parce que la Compagnie, « responsable des marchandises qui lui sont confiées, doit les « garantir de toute soustraction pendant le temps qu'elles se « trouvent aux mains de son personnel. » Mais, sur le pourvoi formé contre ce jugement, la Chambre civile l'a cassé, en décidant qu'il avait violé l'art. 1134, C. civ., en refusant d'appliquer la clause de non-responsabilité, « sous prétexte qu'elle ne saurait « être étendue à des soustractions commises à bord. »

Cette doctrine est seule exacte. Il n'y a pas de bonne raison pour écarter l'application d'une clause de non-responsabilité conçue en termes généraux, en cas de vol des marchandises. Le système opposé ne se comprendrait que si la validité de la clause de non-responsabilité n'était admise que pour les fautes nautiques.

(1) *Revue internationale du Droit maritime*, XV, p. 293.

Mais la distinction entre les fautes nautiques et les fautes commises par le capitaine comme agent commercial ne peut être admise en l'absence de tout texte qui la consacre (1).

Assistance maritime. — Navires appartenant au même propriétaire. (Arrêt de la Cour d'appel de Rouen du 11 avril 1900) (2).

Nos lois ne contiennent sur l'assistance maritime qu'une seule disposition, celle de l'art. 4 de la loi du 10 mars 1891, qui, en cas d'abordage, impose, sous des peines sévères, l'obligation d'assistance aux capitaines des navires entre lesquels s'est produite la collision. Aussi de nombreuses questions concernant l'assistance maritime s'élèvent et sont discutées. C'est l'une d'elles qu'a eu à trancher la Cour d'appel de Rouen.

Il est généralement reconnu que l'assistant a droit à une rémunération, en sus du remboursement des dépenses qu'il a faites pour l'assisté. Ce droit existe dans le cas où les deux navires appartiennent à des propriétaires différents. Mais existe-t-il aussi quand les deux navires appartiennent au même propriétaire?

L'objection qui vient immédiatement à l'esprit est que, dans ces circonstances, le fait même que les deux navires ont un même propriétaire, est un obstacle insurmontable à ce que le droit à une rémunération existe à raison de ce qu'une personne ne peut pas avoir une créance contre elle-même. C'est ce qu'a admis la Cour d'appel de Rouen.

Mais un examen des faits qui donnent naissance à la question, prouve facilement que l'objection présentée pour repousser le droit à une rémunération, n'est pas décisive et que par elle la question ne se trouve pas tranchée. Sans doute la solution est incontestable quand aucune autre personne que le propriétaire des deux navires est en cause. Mais la question se pose quand il y a des tiers intéressés. C'est là ce qui a lieu spécialement quand le navire assisté a été assuré ou quand sur le navire assisté se trouvent des marchandises appartenant à d'autres personnes que le propriétaire du bâtiment. Il s'agit alors de savoir si une

(1) Cass. 31 juill. 1888, S. 1888. 1. 465; *J. Pal.*, 1888. 1. 1148.
(2) *Journ. de jurispr. de Marseille*, 1900. 2. 117.

rémunération est due par l'assureur ou par les propriétaires des marchandises.

L'assistance a profité à l'assureur et aux propriétaires de marchandises; elle a empêché la perte du navire et de la cargaison. Dès lors, les motifs qui font admettre par la jurisprudence que, par exception aux principes généraux, l'assistance maritime donne lieu à une rémunération, se présentent dans toute leur force. On ne voit pas pourquoi des tiers qui ont profité de l'assistance, bénéficieraient de ce que les navires assistés et assistants appartiennent au même propriétaire.

Du reste, on paraît être d'accord pour reconnaître que cette circonstance ne met pas obstacle à ce que l'assureur du navire assisté et les propriétaires des marchandises formant la cargaison du navire assisté doivent le remboursement des dépenses occasionnées par l'assistance. Il n'y a aucune bonne raison pour donner une solution différente en ce qui concerne la rémunération de l'assistance (1).

C'est en ce sens que s'est prononcée la Conférence internationale de Droit maritime qui s'est réunie à Paris en 1900; elle a, en effet, adopté la solution suivante :

« La rémunération ne cesse pas d'être due quand le secours « est prêté par un navire appartenant au même propriétaire que « le navire assisté. »

De cette solution on peut rapprocher une autre admise sans contestation en matière d'avaries communes. Quand un navire et sa cargaison appartiennent à la même personne, il est sans doute hors de doute qu'il ne peut être question d'avarie commune et de contribution à raison d'un sacrifice fait dans l'intérêt commun. On peut dire que si, contrairement à une opinion assez répandue, l'obligation de contribuer aux avaries communes ne dérive pas du contrat d'affrètement, du moins cette obligation présuppose un affrètement. Il n'en est pas moins vrai que, dans le cas même où le navire et la cargaison appartiennent au même propriétaire, il y a lieu à contribution lorsque le navire et la cargaison appartenant au même propriétaire, ont été assurés. L'assureur profite

(1) V. en notre sens un article de M. O. Marais dans la *Revue internationale de Droit maritime*, XV, p. 841 et suiv.

alors du sacrifice qui a été fait pour le salut du navire et de la cargaison; sans le sacrifice, il y aurait eu une perte donnant lieu à la responsabilité de l'assureur.

Assurance maritime. — Preuve par écrit. — Faits postérieurs. — Paiement des primes. — Preuve par témoins. (Arrêt de rejet de la Chambre civile du 29 novembre 1899) (1).

L'art. 332, C. com. dispose que *le contrat d'assurance est rédigé par écrit.* Il écarte ainsi, en matière d'assurances maritimes, la règle de la liberté des preuves admise en matière commerciale, comme, du reste, elle se trouve écartée pour les différents contrats maritimes. La nécessité d'un écrit, où, pour parler plus exactement, l'exclusion de la preuve testimoniale et des présomptions de fait, existe-t-elle aussi pour les actes accomplis en exécution de l'assurance et spécialement pour le paiement des primes par l'assuré? La Chambre des requêtes, devant laquelle cette question se présentait, a décidé que le paiement des primes peut se prouver par tous les moyens. Nous ne songeons nullement à contester l'exactitude de cette solution. Mais les motifs sur lesquels la Chambre des requêtes l'a fondée nous semblent très critiquables. Il importe d'indiquer ces motifs, de montrer en quoi ils peuvent être critiqués, et de donner ceux qui paraissent exacts et décisifs.

La Chambre des requêtes donne d'abord, en apparence, un motif qui n'est qu'une affirmation de la solution admise par elle ; l'arrêt dit que, *si, aux termes de l'art. 332, C. com., le contrat d'assurance maritime ne peut être établi que par écrit, il en est autrement des faits postérieurs à ce contrat relatifs à son exécution.*

Un second motif méconnaît des notions qui ne semblent pas de nature à être contestées. La Chambre des requêtes qualifie le paiement de *fait pur et simple*, et elle en déduit que la preuve peut en être faite par tous les moyens. La déduction serait exacte si le point de départ était juste. Mais il est faux de considérer le paiement comme un fait pur et simple. Les faits purs et simples

(1) *Revue internationale du Droit maritime*, XV, p. 397; *Recueil de Sirey* et *Journal du Palais*, 1900. 1..481.

sont des faits qui n'ont ordinairement que des résultats matériels. Ce n'est pas là le cas du paiement; il entraîne l'extinction de l'obligation à laquelle il se rapporte. C'est donc, par essence, un acte juridique au même titre qu'un contrat, encore que les effets du paiement et ceux du contrat soient tout à fait opposés. Aussi le paiement doit être soumis aux règles restrictives de la liberté des preuves, à moins, bien entendu, qu'il n'ait le caractère commercial.

Les circonstancee de l'espèce ont peut-être contribué à faire commettre cette erreur. A côté de la question de preuve du paiement, s'en présentait une autre tout à fait distincte. Le paiement des primes ayant été fait à une personne qui n'avait pas mandat de la Compagnie d'assurances, il s'agissait de savoir s'il y avait eu ratification de la part de celle-ci, conformément à l'art. 1239, C. civ. Cette ratification n'étant pas celle d'un acte nul, mais d'un acte fait par un gérant d'affaires, n'était pas régie, au point de vue de ses formes, par l'art. 1338, C. com. Une telle ratification peut résulter de circonstances très variées, notamment de la connaissance qu'a eue le créancier du paiement fait à une personne n'ayant pas reçu de mandat de lui et de l'absence de réclamation de la part du créancier pendant un temps assez long. Cette connaissance et cette abstention sont des faits purs et simples; comme tels, ils peuvent être prouvés par tous les moyens, spécialement par témoins et par des présomptions de fait.

La même règle ne régit pas, quant à la preuve, le paiement et la ratification du paiement. Le rapprochement de ces deux faits a contribué peut-être à faire appliquer par la Chambre des requêtes, au premier, une règle qui n'est exacte que pour le second.

Mais, à défaut des motifs inexacts donnés par la Chambre des requêtes, l'admission de tous les moyens de preuve se justifiait par des raisons décisives. Il n'y a pas, au point de vue de la preuve, de lien intime entre le paiement et le contrat auquel il se rattache. Les règles de preuve applicables à l'un et à l'autre peuvent être différentes. Le Code de commerce (art. 332) exige un écrit pour la preuve du contrat d'assurance maritime, bien que ce soit un contrat commercial; mais aucune disposition ne se prononce sur la preuve du paiement des primes. Ce paiement

ayant le caractère commercial, peut, par suite, être prouvé par tous les moyens ; la règle générale de la liberté des preuves n'est exclue par le Code de commerce que pour le contrat d'assurance maritime lui-même.

Navigation maritime ou fluviale. — Intérêt de la distinction. — Clause de non-responsabilité. (Arrêt de rejet de la Chambre des requêtes du 23 février 1900) (1).

La distinction entre la navigation fluviale ou intérieure et la navigation maritime présente un intérêt considérable à des points de vue multiples. Elle en présente notamment au point de vue de la fixation des limites de la mer en matière domaniale, de l'inscription maritime, de la pêche maritime. Elle offre aussi cet intérêt général que le livre II du Code de commerce n'est fait que pour la navigation maritime ; les dispositions de ce livre sont étrangères à la navigation fluviale, en tant du moins que ces dispositions n'appliquent pas les règles du droit commun, mais y apportent des dérogations.

La Chambre des Requêtes a fait une application intéressante de cette idée générale. Mais, en même temps, elle paraît admettre une doctrine très contestable en ce qui concerne les pouvoirs de la Cour suprême relativement aux questions concernant la qualification à donner à une navigation.

La Cour de cassation admet la validité de la clause déchargeant la responsabilité du propriétaire d'un navire à raison des fautes du capitaine et des gens de l'équipage. Mais elle considère qu'il y a là une solution exceptionnelle se justifiant par des motifs spéciaux tirés de l'indépendance du capitaine et de l'éloignement du propriétaire du navire. D'après la Cour de cassation, en principe, une personne ne peut valablement convenir qu'elle ne répondra pas des fautes de ces préposés. Aussi la Chambre des requêtes reconnaît que le propriétaire d'un navire faisant la navigation fluviale, ne peut stipuler qu'il ne répondra pas des fautes du capitaine. La validité de la clause en matière de navigation maritime se rattache aux dispositions du livre II du Code

(1) *Revue internationale du Droit maritime*, XV, p. 732; *Recueil de Sirey* et *Journal du Palais*, 1900. 1. 209.

de commerce, spécialement à l'art. 353, et ce livre est étranger à la navigation fluviale.

Mais à quoi doit-on s'attacher pour distinguer les deux grandes espèces de navigation? La règle à suivre à cet égard dépend de l'intérêt à l'occasion duquel on a à qualifier la navigation dont il s'agit (1). Quand on doit déterminer la nature de la navigation pour décider si les dispositions du livre II de commerce sont ou non applicables, on reconnaît, en général, que la navigation maritime doit être considérée comme celle qui se fait sur la mer et même dans les fleuves jusqu'aux premiers ponts fixes.

Mais quelle est la nature de la question relative à la qualification de la navigation à laquelle se livre un navire? Est-ce une question de droit ou une question de fait?

C'est, selon nous, une question de droit dont la Cour de cassation peut avoir à connaître. Il n'est pas à supposer que le législateur ait consenti à laisser aux juges du fait l'examen souverain d'une pareille question dont la solution a une influence décisive sur l'étendue même d'application d'un livre entier du Code de commerce. Cependant la Chambre des requêtes semble voir là une question de fait; car elle se borne à constater les raisons que la Cour d'appel avait invoquées dans l'arrêt frappé de pourvoi pour décider qu'on se trouvait en présence d'une navigation fluviale.

Ces raisons étaient, du reste, bien insuffisantes ou inexactes. La Cour d'appel de Saigon se fondait à la fois sur ce que la Compagnie avait pris elle-même le nom de *Messageries fluviales de Cochinchine* et sur ce que le navire dont il s'agissait se bornait à naviguer dans un fleuve. Le nom pris par une compagnie ne peut servir à déterminer la nature de la navigation que font ces bâtiments. Autrement, une compagnie déterminerait arbitrairement par le choix de son nom la nature de la navigation que font ses bâtiments. Puis, il n'est pas douteux que la navigation faite même sur des fleuves dans une partie de leur cours avoisinant la mer est une navigation maritime.

CH. LYON-CAEN.

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial*, V, n° 90.

ASSURANCES SUR LA VIE AU PROFIT D'AUTRUI

Théorie de la création directe, au profit du tiers désigné dans la police, de la créance du capital assuré. — Application de cette théorie aux cas où le tiers assuré est en conflit avec des créanciers du contractant, qui invoquent l'art. 1167 du Code civil ou l'art. 446 du Code de commerce,

Par M. F. Pinchon, président du tribunal civil de Morlaix.

1. J'ai dit dans une précédente étude (1) que le tiers assuré, qu'on le considère comme directement créancier de l'assureur ou comme cessionnaire du contractant, a sur le montant de l'assurance un droit de créance toujours opposable aux créanciers chirographaires de ce dernier, lorsque ceux-ci prétendent en vertu de l'art. 1166 du Code civil exercer les droits de leur débiteur.

Pour trouver une différence dans les résultats entre les deux systèmes, il faut supposer que les créanciers du contractant se prévalent de la disposition édictée dans l'art. 1167 du Code civil. L'action paulienne exercée par eux aura pour effet de faire réintégrer dans le patrimoine de leur débiteur le capital de l'assurance, si le tiers assuré est considéré comme en étant devenu cessionnaire à leur préjudice, et le montant des primes frauduleusement payées à l'assureur en l'acquit du bénéficiaire de l'assurance, si la créance du capital assuré est née en la personne de celui-ci.

J'ai déjà eu l'occasion de faire remarquer (2) que dans son jugement du 6 février 1863, le tribunal de Lyon (D. P. 63. 2. 119, sous arrêt de la Cour de Lyon du 2 juin 1863), après avoir admis le système de la cession et repoussé à bon droit l'action paulienne exercée par les créanciers du contractant parce que, lors de la passation du contrat d'assurance, leur débiteur était *in bonis*, ne fut pas logique en ajoutant que la fraude, en matière d'assurance sur la vie, ne pouvait avoir d'autre objet que le montant des primes payées par l'assuré. Cela n'est vrai que dans la théorie de la création directe sur la tête du bénéficiaire de l'assurance, de la créance du capital assuré.

(1) V. *Revue critique* de décembre 1900, p. 617, n° 4.
(2) V. *Revue critique* de décembre 1898, p. 626.

Dans l'affaire jugée le 26 août 1875 par le tribunal civil de Cambrai (D. P. 76. 2. 121 sous arrêt de la Cour de Douai du 31 janvier 1876) (1), des époux Théodat avaient conjointement contracté une assurance au profit de celui d'entre eux qui survivrait à l'autre; le mari était prédécédé et la veuve avait renoncé à la communauté. Bien que le tribunal n'ait pas suffisamment précisé la nature des opérations juridiques intervenues entre eux, il est à supposer qu'il admet, hypothétiquement au moins, que la veuve Théodat a pu acquérir directement, de la compagnie d'assurances, la créance du capital assuré; car il déclare que, dans cette hypothèse, « la libéralité du mari à la femme survivante, consistant dans les primes tirées de la communauté, doit encore être restituée à la masse (des créanciers de Théodat), en vertu de l'art. 1167 du Code civil, puisque plusieurs créanciers ont des titres antérieurs à 1871 », date du contrat d'assurance.

Dans l'espèce jugée par la Cour de Caen le 6 décembre 1881 (S. 1883. 2. 33) ne se trouvait pas de stipulation pour autrui; car la bénéficiaire de l'assurance, femme d'un sieur Roussel commerçant failli décédé en 1880, avait elle-même, avec l'assistance de son mari, stipulé de la compagnie d'assurance que le capital assuré s'élevant à cinquante mille francs lui serait payé à la mort de Roussel. Mais il est évident que les conséquences juridiques qui résulteraient des faits de la cause eussent été les mêmes si le mari avait, comme gérant d'affaires de la femme, stipulé pour elle dans la police d'assurance.

La Cour de Caen constate qu'à l'époque de l'assurance, Roussel était déjà « au-dessous de ses affaires », car « son passif dépassait son actif de plus de trente mille francs »; que la prétendue opération d'assurance faite par sa femme a été « une donation simulée concertée entre les époux et déguisée par eux sous la forme d'un contrat onéreux dans lequel la femme seule est intervenue ». Elle en conclut que cette donation est nulle « aux termes de l'art. 1167 du Code civil » et que le montant de l'assurance revient aux créanciers de Roussel.

(1) V. *Revue critique* de mai 1900, p. 300, n° 2.

J'estime que la Cour de Caen a mal jugé, car la dame Roussel avait seule figuré au contrat d'assurance comme partie; elle s'était personnellement obligée envers l'assureur et avait stipulé de lui. Or, cela lui était permis, et Roussel en l'autorisant avait également fait un acte licite dont ses créanciers ne pouvaient se plaindre. On ne pouvait soupçonner les époux de simulation, parce que ni l'un ni l'autre n'avait intérêt à simuler autre chose que ce qui avait été fait. La fraude, de la part de Roussel, n'avait pu consister que dans le fait d'avoir payé les primes à la compagnie et d'en avoir ainsi, bien qu'insolvable, voulu faire donation à sa femme. Ce sont donc seulement ces primes que la veuve Roussel eût dû être condamnée à rapporter aux créanciers de son mari et une solution identique se serait imposée si Roussel avait stipulé au nom de sa femme dans le contrat d'assurance au lieu de l'y faire intervenir, car, dans ce second cas comme dans le premier, la créance du capital assuré n'est jamais sortie du patrimoine du mari : c'est directement de l'assureur que la femme la tient.

La même critique doit être formulée contre un passage du rapport fait à la Chambre civile de la Cour de cassation par M. le conseiller Crépon lors des débats qui précédèrent l'arrêt du 2 juillet 1884 (D. P. 85. 1. 150; S. 85. 1. 5) (1). Exposant les moyens de la défense au pourvoi, et parlant de l'application de l'art. 1167 du Code civil au contrat d'assurance sur la vie au profit d'autrui, il déclare que, s'il est consenti dans la limite des ressources du contractant, si le capital assuré « n'existe que par les sacrifices que l'affection seule impose », il faut « en laisser le profit à ceux que l'affection a désignés » ; mais que, *s'il y a fraude des droits des créanciers du contractant* « par une assu- « rance en disproportion avec les facultés du débiteur, *l'art. 1167* « *du Code civil est là pour permettre de faire annuler le* « *contrat* ».

Je ne puis admettre cette facon d'appliquer l'action paulienne au contrat d'assurance, si avec le savant conseiller rapporteur, l'on reconnaît que la créance du capital assuré n'est pas tombée,

(1) V. *Revue critique* de décembre 1898, p. 631.

même un instant de raison, dans le patrimoine du contractant et par suite n'a pu en sortir au détriment de ses créanciers. L'action paulienne, dans ce système, ne peut porter que sur les primes qui, seules, ont fait l'objet de la donation consentie par l'assuré au tiers assuré, et, pourvu que celui-ci rembourse aux créanciers le montant des primes sorties en fraude du patrimoine de leur débiteur, il a le droit de demander l'exécution du contrat d'assurance à son profit. C'est évidemment ce qu'il fera en ratifiant la gestion d'affaire faite en son nom, lorsque le montant des primes versées par l'assuré sera inférieur au capital de l'assurance.

Ainsi que le dit très bien la Cour de Besançon dans un arrêt du 2 mars 1887 (S. 87. 2. 213; D. P. 88. 2. 1), l'art. 1167 du Code civil ne tend qu'à un but : « celui d'empêcher le débiteur de détourner une partie de son avoir au préjudice de ses créanciers », et, dans le cas d'assurance sur la vie au profit d'un tiers déterminé, il ne peut rien se produire de semblable relativement à la valeur assurée, puisque cette valeur n'a jamais fait partie de l'avoir de ce débiteur.

La même doctrine a été émise le 14 août 1890 par la Cour de Douai (D. P. 92. 1. 205 sous req. Cass. 22 juin 1891) dans une espèce ou un sieur Baroux, receveur d'enregistrement, et débiteur envers le trésor public de plus de cent mille francs, avait contracté des assurances au profit de ses enfants. Le trésor public qui avait saisi-arrêté les sommes assurées, avait pour adversaire une dame Henry, fille de Baroux, qui, au décès de celui-ci, était restée bénéficiaire des assurances.

« Dans ces circonstances, déclare la Cour de Douai, le trésor « public soutiendrait vainement que Baroux, laissant une suc- « cession obérée, n'a pu valablement soustraire à l'action de ses « créanciers une somme quelconque pour l'attribuer à ses héri- « tiers par voie de libéralité... la maxime *nemo liberalis nisi* « *liberatus* que l'on invoque ne s'applique pas dans la cause... « Baroux, en effet, n'a pas fait sortir de son patrimoine un capi- « tal quelconque; il a pris seulement *sur ses revenus* dont il a « toujours eu la libre disposition et qu'il pouvait dépenser en « vivant plus largement, la somme nécessaire pour payer les

« primes des assurances;... il n'a donc pas frustré ses créan-
« ciers. »

La Cour de Douai va un peu trop loin en disant que Baroux n'avait pas fait sortir de son patrimoine *un capital quelconque*. Il avait certainement pris dans son patrimoine, ne fût-ce que *sur ses revenus* qui en sont bien un des éléments et ne s'y distinguent guère des autres après qu'ils ont été perçus, les sommes nécessaires au paiement des primes versées aux compagnies d'assurances; mais les créances des capitaux assurés n'avaient jamais été le gage des créanciers de Baroux; elles n'étaient pas sorties de son patrimoine, et, par suite, ses créanciers ne pouvaient les y faire réintégrer par application de l'art. 1167 du Code civil, alors même que leur débiteur fût déjà insolvable lorsqu'il avait contracté ces assurances.

C'est ce qu'a encore déclaré, en termes très nets, la Cour de Grenoble dans son arrêt du 11 décembre 1894 (1) (D. P. 96. 2. 97) relativement à l'assurance contractée par un sieur Vincent, débiteur insolvable, au profit de sa femme. « Attendu, dit la « Cour de Grenoble, qu'on ne saurait non plus soutenir avec « succès que Vincent ayant laissé une succession obérée, il y a « lieu d'annuler, aux termes de l'art. 1167, l'avantage qu'il a « ainsi conféré à sa femme; que le capital à verser par « Le « Phénix » n'a, en effet, jamais fait partie du patrimoine de Vin- « cent; que les cent mille francs dont la dame Vincent est créan- « cière sont le résultat du contrat aléatoire à la suite duquel, « pour quelques sommes versées à titres de primes, la compagnie « Le Phénix » est devenue débitrice, par l'événement de la con- « dition, d'un capital beaucoup supérieur aux primes versées; « qu'ainsi Vincent n'a ni entendu causer, ni causé aucun préju- « dice à ses créanciers, puisqu'il n'a pas appauvri son patrimoine « des cent mille francs que sa femme doit toucher directement « de la compagnie d'assurances et qui n'ont, à aucun moment, « été le gage de ses créanciers. »

L'annotateur de cet arrêt, dans le recueil de Dalloz, fait remarquer à juste titre que les créanciers d'un contractant qui a

(1) V. *Revue critique* de décembre, 1900, p. 627.

ainsi assuré à autrui un capital qu'il aurait pu évidemment stipuler pour lui-même, ne peuvent cependant pas s'opposer à l'exécution de l'assurance au profit d'autrui sous prétexte que, si leur débiteur ne s'est pas appauvri du montant de cette assurance, il a manqué de gagner.

Outre que le débiteur n'aura, en général, été déterminé à contracter l'assurance que par l'affection qu'il portait au tiers assuré et qu'à défaut de ce tiers il se fût vraisemblablement abstenu de s'assurer, il n'est pas permis à des créanciers de rechercher, pour s'en prévaloir au moyen de l'action paulienne, ce que le contractant, qui a géré l'affaire d'un tiers, aurait fait pour lui-même, si ce tiers n'avait pas existé. Ils ne peuvent, au lieu et place de leur débiteur, prendre l'initiative d'une convention qu'il n'a pas faite, ni modifier les clauses de celle qu'il a consentie, ni exercer en son nom les facultés personnelles qu'il s'est réservées, notamment celle de révoquer la gestion d'affaire insérée dans la police.

Mais c'est là un sujet que je me propose de traiter dans une autre étude.

Je ne rechercherai pas non plus si, en vertu de l'art. 1167 du Code civil, les créanciers du contractant insolvable peuvent toujours faire réintégrer dans le patrimoine de leur débiteur l'intégralité des primes qu'il a versées à l'assureur. On pourrait croire que l'affirmative est certaine. Cependant la jurisprudence et les auteurs ont imaginé à cet égard diverses distinctions. Je n'en apprécierai pas ici le mérite.

2. On sait que la règle de droit édictée par l'art. 1167 du Code civil reçoit des applications particulièrement rigoureuses quand le débiteur est un commerçant failli.

Voyons comment la jurisprudence raisonne pour écarter l'application de l'article 446 du Code de commerce au capital de l'assurance contractée au profit d'autrui par un commerçant failli.

Dans une espèce jugée le 14 mars 1876 par la Cour d'appel de Caen (S. 77. 2. 332; D. P. 77. 2. 132), un sieur Leconte, commerçant, décédé le 21 avril 1874, avait été déclaré en état de faillite le 15 novembre 1873, et la date de la cessation de ses

paiements avait été reportée au 4 septembre 1870. Or, les 21 et 23 décembre 1872, il avait stipulé de la compagnie « Le Phénix », qu'elle verserait, lors de son décès, à sa femme, si celle-ci lui survivait, un capital de 30.000 francs. Cette stipulation était faite moyennant le paiement, d'ailleurs facultatif, d'une prime annuelle de 478 fr. 20.

Le syndic de la faillite prétendait que le capital assuré faisait partie de la société d'acquêts ayant existé entre les époux Leconte et ajoutait que le mari avait implicitement révoqué la donation du capital assuré consentie durant le mariage, à sa femme, par un acte souscrit le 20 février 1873 à un sieur Boisandré.

Je n'apprécie pas ici le mérite de ces prétentions du syndic, ni ne recherche si l'assurance contractée au profit de la dame Leconte tombait sous le coup des articles 559 ou 564 du Code de commerce.

Mais le syndic demandait aussi l'application au profit de la masse de la faillite, de l'art. 446 du Code de commerce. Cette prétention n'était guère soutenable, car la dame Leconte avait, du vivant de son mari, accepté l'assurance contractée à son profit, et un sieur Rouelle, ami de sa famille, s'était chargé d'acquitter de ses deniers, toutes les primes versées à la compagnie. La Cour de Caen ne pouvait donc manquer de repousser sur ce chef les prétentions du syndic, et c'est ce qu'elle fit.

Il importait cependant de relater ici cette espèce, parce que l'arrêt contient les motifs de droit qui, dans le système que j'étudie, rendent l'art. 446 du Code de commerce inapplicable au contrat d'assurance, en ce qui touche le capital assuré.

« Attendu, dit la Cour de Caen, qu'aux termes de l'art. 1121 du Code civil, on peut stipuler au profit d'un tiers; que, *si ce dernier accepte la stipulation faite à son profit*, il est présumé, suivant l'art. 1179 du même code, avoir été créancier *ab initio* du bénéfice de la stipulation; que, par conséquent, ce bénéfice *n'a jamais fait partie de l'avoir du stipulant;* qu'il n'a pu dès lors en être distrait, et qu'en cas de faillite, il n'y a pas lieu, relativement à ce bénéfice, à l'application des articles 446 et 447 du Code de commerce, lesquels ne statuent que pour le cas où le failli a pris ou donné *de suo.* »

Le principe de la gestion d'affaire explique mieux, selon moi, la création, sur la tête du tiers assuré, du droit à l'assurance; mais, s'il est vrai, comme je le pense, que le tiers assuré est l'ayant-cause direct de l'assureur, la Cour de Caen a raison d'écarter l'application de l'art. 446 du Code de commerce au capital assuré.

Dans une espèce analogue, la Cour d'Agen a, le 22 novembre 1880 (D. P. 82. 2. 221), adopté la même solution. Un sieur Gaston du Bouzet, étant commerçant failli, avait assuré, par police du 4 octobre 1873, à la compagnie « la Nationale », un capital de soixante mille francs, payable, lors de son décès, à la demoiselle Marie Lapeyrusse (devenue plus tard sa femme) et aux enfants de celle-ci; puis il était décédé le 19 mars 1878.

Le syndic de la faillite et un créancier dont l'intervention fut admise, plaidaient que le capital assuré par Gaston du Bouzet, alors qu'il était en état de faillite, faisait partie de sa succession. Les bénéficiaires de la police en réclamaient l'intégralité.

La Cour d'Agen décida en fait que Marie Lapeyrusse et ses enfants étaient des personnes certaines et déterminées.

En ce qui concerne les primes versées par le contractant à la compagnie d'assurances, elle déclara que ces versements n'avaient pas eu lieu en fraude des droits de ses créanciers, bien qu'il fût en état de faillite quand il les opérait, parce que ces primes avaient dû être prélevées sur les arrérages d'une rente incessible et insaisissable que du Bouzet recevait chaque année de sa mère.

En ce qui concerne le montant de l'assurance, la Cour d'Agen reconnaît « que c'est à la masse de ses créanciers que les biens et « droits d'un failli appartiennent; que conséquemment, la masse « peut revendiquer tout ce qui compose son patrimoine pendant « sa vie et sa succession au décès; qu'en matière d'assurance, le « droit à la somme que devra payer la compagnie appartient au « failli lorsque c'est à son profit ou en faveur de telle autre per- « sonne qu'il désignerait ultérieurement, ou bien encore au profit « de ses héritiers que le failli l'a stipulée; que, dans ces diffé- « rents cas, la masse des créanciers a le droit de réclamer la « somme assurée. »

Mais, ajoute la Cour, « la masse ne peut revendiquer ce qui

« n'a jamais appartenu au failli..., la stipulation qu'il fait ne lui « procure aucun droit..., elle profite exclusivement à ce tiers. »

Appliquant cette théorie à l'espèce, elle constate « qu'en fait, « la compagnie « la Nationale » s'est engagée à payer, lors du « décès de du Bouzet, à la demoiselle Lapeyrusse et à ses enfants « la somme de soixante mille francs; que du Bouzet n'a rien « stipulé pour lui-même ni pour ses héritiers et qu'il désigne, « sans se réserver le droit de choisir ultérieurement d'autres « destinataires, les personnes qui devront en profiter..., que « cette désignation est pure et simple; qu'elle a donné à ceux « pour lesquels elle est faite *un droit propre et direct à la « somme assurée;* que la somme ainsi stipulée uniquement et « directement pour eux ne fait donc partie ni du patrimoine ni « de la succession de du Bouzet. »

Je relève ici encore quelques inexactitudes. Il n'est pas vrai que du Bouzet n'eût rien stipulé pour lui-même; si, par exemple, les bénéficiaires désignés dans la police n'avaient pas accepté ou étaient tous décédés avant lui, la créance du capital assuré eût fait partie de la succession. Il avait donc stipulé pour lui-même dans cette éventualité.

D'autre part, j'estime que du Bouzet pouvait, pendant sa vie, tant que les bénéficiaires de l'assurance n'avaient pas accepté et nonobstant l'absence, à cet égard, de toute clause expresse dans la police, choisir d'autres bénéficiaires en remplacement de la demoiselle Lapeyrusse et des enfants de celle-ci, ou révoquer l'acte de gestion d'affaire par lequel il les avait constitués bénéficiaires du contrat d'assurance, soit à son profit personnel, soit au profit de ses ayants droit.

En note, dans le recueil de Dalloz, l'arrêtiste se demande si, en principe, la stipulation pour autrui faite par un commerçant failli ou en état de cessation de paiements, est efficace. Dans le sens de la négative, il invoque l'arrêt rendu par la Cour d'Alger, le 15 juin 1876 (D. P. 78. 2. 117) (1).

Le motif qui, dit-il, a déterminé la Cour d'Alger est que : « l'assurance contractée par le failli aurait tendu à former un

(1) V. *Revue critique* d'avril 1899, p. 244, 2, n° 3.

« capital qui, si la stipulation du tiers n'était pas intervenue, « aurait grossi le gage des créanciers ; que cette stipulation avait « donc été passée en fraude des droits des créanciers et tombait « sous le coup des art. 1167 du Code civil et 446 du Code de « commerce. »

Si, d'après l'arrêtiste, la Cour d'Agen a jugé en sens contraire, c'est qu'en l'espèce les primes avaient été payées par le failli à l'aide des arrérages d'une pension alimentaire incessible et insaisissable. « C'est cette circonstance qui explique la décision de la « Cour d'Agen. Mais, hors certains cas particuliers, il ne semble « pas qu'un commerçant en état de faillite puisse valablement « stipuler une assurance en faveur d'un tiers au détriment de ses « créanciers. »

L'arrêtiste n'a pas compris l'arrêt de la Cour d'Agen. C'est un arrêt de principe, non d'espèce ; la circonstance que les primes avaient été prélevées sur les arrérages d'une rente insaisissable ne pouvait avoir aucune influence sur le sort du capital assuré. Or, c'est le seul point de vue auquel je me place ici. La divergence des solutions admises par les Cours d'Alger et d'Agen tient à ce que la première avait suivi le système de la cession, tandis que la Cour d'Agen, ainsi qu'on vient de le voir, adopte le système de la création directe, au profit des tiers assurés, du droit au montant de l'assurance.

Saisie de la question d'application des art. 446 et 447 du Code de commerce aux assurances sur la vie contractées au profit d'autrui, la Cour de cassation a définitivement fait prévaloir en jurisprudence la dernière de ces théories dans l'espèce que voici :

Un sieur Antoine Dubois, entrepositaire à Périgueux, déclaré en faillite le 16 septembre 1881, était décédé le 6 décembre de la même année. L'époque de la cessation de ses paiements avait été reportée au 30 juin 1879. Or, les 31 décembre 1879 et 16 janvier 1880, il avait assuré à la Compagnie « Le Soleil » un capital de 20,000 francs payable lors de son décès, en première ligne à un sieur Fargues, banquier, jusqu'à concurrence des sommes qui seraient dues à celui-ci, puis à sa veuve, où, à défaut de celle-ci, « aux enfants de l'assuré ».

Le syndic revendiquait le capital assuré pour la faillite, invo-

quant le bénéfice des art. 446 et 447 du Code de commerce. Le banquier Fargues auquel Dubois devait, lors de son décès, une somme supérieure à 20.000 francs, réclamait pour lui seul le capital entier de l'assurance, et la veuve Dubois prétendait avoir le droit d'en toucher une partie.

Le tribunal de Périgueux devant lequel le procès fut plaidé en première instance, le 27 août 1884 (sous arrêt de la Cour de Bordeaux du 21 mai 1885. S. 86. 2. 38) déclare que le contrat d'assurance qui lui est soumis contient une stipulation pour autrui régie par l'art. 1121 du Code civil, et que l'acceptation de cette stipulation par le banquier Fargues a eu pour effet de faire rétroagir son droit au capital assuré jusqu'au jour du contrat originaire (1). Cette acceptation, dans l'espèce, paraît d'autant moins douteuse au tribunal de Périgueux, que l'assurance s'était opérée par l'entremise de Fargues, agent de la Compagnie « Le Soleil », et qu'au décès de l'assuré il s'était empressé de demander à sa Compagnie la délivrance du capital convenu.

Le tribunal repousse l'application de l'art. 446 du Code de commerce au capital de l'assurance contractée au profit de Fargues, par le motif que l'opération intervenue entre lui et son débiteur était à titre onéreux, car ils avaient voulu, dit le tribunal de Périgueux, l'un, en stipulant pour son créancier, « se procurer une source nouvelle de crédit en vue de faciliter et d'étendre son commerce »; et l'autre, en acceptant cette stipulation, « se créer une garantie afin d'assurer le remboursement de ses avances passées et futures (2) ».

Le tribunal repousse également l'application de l'art. 447 du

(1) J'ai déjà bien des fois dans ces études critiqué cette magique rétroactivité de l'acceptation d'une offre contractuelle.

(2) Rien n'indique qu'en l'espèce l'assurance fût la condition d'un nouveau prêt consenti par le banquier Fargues ou eût été promise à celui-ci par Dubois lors d'une ouverture de crédit antérieure.

Dès lors, et encore bien que les motifs seconds qui inspirent les parties puissent être intéressés, j'estime que lorsqu'un débiteur assure son créancier sur sa propre vie et paie les primes de cette assurance moyennant l'obligation prise par l'assureur d'acquitter la dette en tout ou partie, lors de son décès, l'opération juridique qui intervient entre le débiteur et le créancier est à titre gratuit. Ce dernier, en effet, ne s'oblige à rien en

Code de commerce, parce que le syndic de la faillite n'établissait ni ne demandait à prouver que Fargues eût « adhéré à la police avec connaissance de l'état de cessation de paiements de son débiteur ».

Toute cette partie des motifs du jugement se comprendrait si le tribunal de Périgueux avait adopté le système de la cession; mais on va voir qu'au contraire il considère que Fargues tenait directement de la Compagnie d'assurances la créance du capital assuré. Dès lors, peu importait que l'opération juridique intervenue entre l'assureur et le tiers assuré fût à titre gratuit ou onéreux, et que ce dernier eût eu ou non connaissance de l'état de cessation de paiements du contractant. La créance du capital assuré n'étant pas sortie du patrimoine de ce dernier, ne pouvait, en aucun cas, y être réintégrée.

Seuls les motifs suivants du jugement se rattachent au système que j'étudie : Dans l'assurance sur la vie au profit d'autrui, constate le tribunal de Périgueux, « il est conforme aux déci-
« sions qui paraissent définitivement prévaloir dans la jurispru-
« dence d'admettre que, dès la signature, la propriété de la
« créance née contre la Compagnie a instantanément passé, par
« le fait de la clause insérée dans l'acte, en la personne du tiers,
« sans s'arrêter sur celle du stipulant; par conséquent, le bénéfice
« de la stipulation n'a jamais fait partie de l'avoir du stipulant...;
« il n'a pu, dès lors, en être distrait, et... en présence de la fail-
« lite constatée, il n'y a pas lieu, relativement à ce bénéfice,
« à l'application des art. 446 et 447 du Code de commerce,
« lesquels ne statuent que pour le cas où le failli a pris ou donné
« *de suo* (1); cela revient à dire, à propos de l'assurance dont
« il s'agit aux débats, que le capital de 20,000 francs représente
« une valeur restée en dehors du patrimoine de Dubois et ne
« pouvant, en aucune façon, être accaparée par sa faillite. »

retour de la garantie qui lui est donnée. Il n'en serait autrement que s'il accordait un terme ou faisait une concession quelconque à son débiteur.

Si donc l'on se place dans le système de la cession, c'est l'art. 446 du Code de commerce qui est, selon moi, applicable, et non l'art. 447, ainsi que cherche à le démontrer le tribunal de Périgueux.

(1) Comp. Cour de Caen, 14 mars 1876, ci-dessus, n° 2, p. 475.

Le tribunal de Périgueux a tort d'ajouter que la solution qui précède serait plus difficile à justifier si, dans l'espèce, les primes avaient été acquittées par Dubois de ses deniers (1). Ainsi que je l'ai déjà dit en commentant l'arrêt de la Cour d'Agen (2), la circonstance que les primes sont payées par le stipulant ne peut avoir aucune influence sur le sort du capital assuré. Seulement, en ce cas, il convient d'appliquer l'art. 446 du Code de commerce au montant des primes.

Quant à la prétention émise par la veuve Dubois de percevoir une partie du capital assuré, le tribunal la repousse sans faire connaître les motifs qu'elle invoquait à l'appui de sa demande, par la raison, assurément péremptoire, que le montant de la créance de Fargues envers le contractant était plus élevé que le capital assuré.

On voit que le tribunal de Périgueux, dans la seule partie de son jugement qu'il importe ici de retenir, invoque, pour repousser l'application de l'art. 446 du Code de commerce au capital assuré, les décisions qui, dès cette époque, lui paraissaient « définitivement prévaloir dans la jurisprudence » et caractérise ces décisions en disant que « la propriété de la créance née contre la compagnie a instantanément passé en la personne du tiers sans s'arrêter sur celle du stipulant » et que « le capital de vingt mille francs représente une valeur restée en dehors du patrimoine de Dubois ».

Ici se manifeste déjà la tendance, de la part de la jurisprudence, à reconnaître qu'indépendamment de toute fiction de droit et avant même l'évènement des conditions, résolutoires selon moi, auxquelles est subordonné le droit du tiers assuré, ce droit lui est acquis, dès l'origine de l'assurance, même à son insu et avant toute acceptation de sa part. Ce phénomène juridique ne peut s'expliquer rationnellement que par la gestion d'affaire qu'accomplit le stipulant au profit du tiers assuré, lorsqu'il contracte avec l'assureur.

(1) Le tribunal de Périgueux juge en fait qu'elles ont été acquittées par Fargues « détenteur des quittances relatives aux dites primes en même temps que de l'original de la police ». La Cour de Bordeaux, en appel, adopte la solution contraire.

(2) V. ci-dessus, p. 477.

Le jugement du tribunal de Périgueux fut confirmé, le 21 mai 1885, par la Cour de Bordeaux (D. P. 88. 1. 198, sous civ, rejet, 27 mars 1888, et S. 86. 2. 38), qui consacre également le système de la création directe sur la tête du tiers désigné dans la police, de la créance du capital assuré.

Je ne crois pas utile de transcrire ici cet arrêt qui s'appuie principalement sur le texte de l'art. 1121 du Code civil et sur la fiction de la rétroactivité de la condition accomplie (1).

La Chambre civile de la Cour de cassation a, le 27 mars 1888 (D. P. 88. 1. 193; — S. 88. 1. 121), en rejetant le pourvoi formé contre la Cour de Bordeaux, statué en termes qui, à l'encontre de ceux employés par cette dernière Cour, manifestent la tendance que j'ai déjà signalée dans les motifs du jugement de Périgueux :

« Attendu, dit-elle, que les articles 446 et 447 du Code de « commerce ont pour but d'assurer aux créanciers de la faillite « les biens qui forment leur gage et d'empêcher qu'il en soit rien « détourné à leur détriment ou que l'un d'eux soit avantagé aux « dépens des autres; qu'ainsi ces dispositions ne peuvent s'appli- « quer qu'aux biens qui sont dans le patrimoine du failli;

« Attendu qu'il est constaté en fait par l'arrêt attaqué que « Dubois a contracté avec la compagnie « Le Soleil » une assu- « rance sur sa propre vie, aux termes de laquelle ladite compa- « gnie s'est engagée à payer à Fargues la somme de vingt mille fr. « au décès de Dubois :

« Attendu que cette assurance, conçue dans les termes qui « viennent d'être rapportés, a eu pour effet *de saisir directement* « *et immédiatement Fargues d'une créance contre la compagnie*; « *que cette créance n'a jamais été, à aucun moment, dans le*

(1) La Cour de Bordeaux, après avoir déclaré « que les seuls éléments ayant fait partie de l'actif du failli sont les primes que Dubois peut avoir payées, et dont le syndic doit réclamer la restitution à l'encontre du sieur Fargues, fait en outre justement remarquer que, loin d'être lésés par cette solution du procès, les autres créanciers de la faillite profiteront même indirectement de l'assurance, puisque Fargues, dont la créance est supérieure à vingt-trois mille francs, ne figurera plus aux répartitions que pour trois mille francs environ. »

« *patrimoine de Dubois* et que le bénéfice n'en peut être reven-
« diqué par les créanciers de ce dernier... »

On peut, il me semble, interpréter ce passage de l'arrêt en ce sens que le droit de Dubois au capital assuré a toujours été subordonné à une condition suspensive qui ne s'est pas réalisée, tandis que Fargues a été, dès l'origine, saisi de la créance du capital assuré sous une condition résolutoire dont la réalisation est depuis devenue impossible.

En tout cas, la Chambre civile se place, dans son raisonnement, au moment où intervient le contrat d'assurance, et ne fait pas la moindre allusion à la fiction d'après laquelle la condition frappant le droit du bénéficiaire rétroagirait en deçà du jour de son acceptation.

La jurisprudence est aujourd'hui fixée dans le sens de la non-application des art. 446 et 447 du Code de commerce au capital assuré, sans distinction entre les cas dans lesquels l'assurance est intervenue avant ou après l'époque de la cessation des paiements du commerçant failli. Elle se fonde, pour le décider ainsi, sur ce que la créance du capital assuré n'a jamais reposé sur la tête du stipulant.

On peut notamment citer en ce sens les arrêts des Cours de Besançon, du 2 mars 1887 (D. P. 88. 2. 1; — S. 87. 2. 13); — de Lyon, du 27 décembre 1887 (S. 88. 2. 211) (1); — de Dijon, du 13 janvier 1888 (sous req. Cass. du 23 janvier 1889), — et de Nancy, du 17 janvier 1888 (D. P. 87. 2. 153), ainsi que les arrêts de la Cour de cassation des 23 janvier 1889 (Ch. des req.) (D. P. 90. 1. 73; — S. 89. 1. 353 et 16 juin 1890, D. P. 90. 1. 291) (2).

F. PINCHON.

---

(1) Ces Cours reproduisent les motifs, d'ailleurs erronés selon moi, du célèbre arrêt rendu par la Chambre civile de la Cour de cassation le 2 juillet 1884. (Voir *Revue critique* de décembre 1900, n° 5, p. 619 et suiv.)

(2) Dans le rapport qui a précédé cet arrêt, M. le conseiller Georges Lemaire s'exprime en ces termes relativement à l'acceptation du tiers bénéficiaire : « Il faut que le tiers spécialement désigné par la police ait déclaré vouloir profiter de la stipulation faite en sa faveur. Tant qu'il n'a pas fait cette déclaration, *son droit n'est qu'éventuel, il n'est pas réalisé, il n'existe*

CLAUSES DE NON-GARANTIE, ASSURANCE DES FAUTES ET CLAUSES PÉNALES,

Par M. E.-H. Perreau, professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université de Montpellier.

L'efficacité des clauses de non-garantie est une des questions les plus débattues du droit moderne civil et commercial.

A l'accroissement continuel des relations d'affaires correspond une augmentation constante des procès en responsabilité. Depuis nombre d'années, pour se mettre à couvert, par avance, contre des actions en dommages-intérêts, industriels et commerçants, — et à leur tête les grandes compagnies de chemins de fer et de navigation, — introduisent, dans les contrats qu'ils passent, des clauses de non-garantie.

Mais leur clientèle, c'est-à-dire la grosse majorité du public, n'a pas cessé de protester, réclamant la nullité de pareilles stipulations. Il y a quelques années notamment, au Congrès de droit maritime d'Anvers, on discuta, sur une pétition de nombreux chargeurs appartenant à tous les grands États commerçants, la nullité des clauses de non garantie dans les connaissements. (Voy. Thaller, *An. dr. commerc.*, I, p. 188 et s.)

Quelquefois les législateurs ont formellement prohibé les stipulations de non-garantie. (Voy. notamment : loi française 9 août 1898, sur les accidents du travail, et loi américaine 13 février 1893 sur la responsabilité des armateurs.) Mais les interventions de ce genre sont fort rares, la plupart des législations sont muettes

pas encore. C'est là la condition de son existence, condition qui rétroagira au jour du contrat, mais condition essentielle, *sine qua non de l'existence du droit.* »

On voit bien dans ce passage l'obstacle juridique auquel se heurte la théorie suivie par le rapporteur. Qu'un droit actuellement acquis sous une condition rétroagisse comme s'il avait toujours été ferme, une fois cette condition accomplie, cela se comprend. Mais le rapporteur affirme cette rétroactivité sans pouvoir l'expliquer, relativement à un droit qui n'est qu'éventuel, qui n'existe pas encore et ne constitue qu'une simple espérance. Avec raison, Labbé n'a jamais voulu admettre qu'une offre contractuelle pût engendrer un lien de droit antérieurement à l'acceptation de celui auquel elle est faite.

sur l'efficacité de telles conventions; le champ de la controverse reste donc ouvert.

Longtemps chez nous doctrine et jurisprudence les tinrent pour absolument nulles (1). Vers le milieu du dernier siècle, Troplong (2) s'éleva contre cette théorie, et apporta un très large tempérament : selon lui, une telle clause ne pouvait pas, il est vrai, absoudre par avance le débiteur de toute responsabilité ; mais elle avait du moins pour effet de mettre la preuve de la faute à la charge de son créancier; d'où le nom de « théorie du renversement de la preuve ». L'idée a fait fortune.

Après avoir, dans des arrêts d'espèce, apporté quelques adoucissements à sa jurisprudence première, en 1874 la Cour de cassation adopta le système de Troplong, quant aux fautes personnelles du débiteur. (Cass. 4 février 1874, S. 1874. 1. 273.)

Bientôt après, elle fit un pas de plus en attribuant pleine efficacité à la stipulation par l'armateur de la non-garantie des fautes du capitaine. (Cass. 14 mars 1877, S. 1879. 1. 423; jurisprudence toujours suivie : Cass. 25 octobre 1899, S. 1899. 1. 496.) Mais, hormis cette unique hypothèse, où se rencontrent des motifs de décider tout spéciaux (choix du capitaine parmi les citoyens munis de certains brevets, indépendance complète du capitaine dans ses fonctions), elle n'a jamais reconnu aux clauses de non-garantie que le pouvoir de renverser la preuve, les annulant en tant qu'elles exonéreraient le débiteur de la responsabilité soit de son propre fait (Cass. 19 février 1900, S. 1900. 1. 238), soit des fautes de ses préposés. (Cass. 31 décembre 1900, S. 1900. 1. 393.)

Ce système a bien rallié certaines autorités dans la doctrine (3); mais la plupart des auteurs les plus récents lui reprochent de ne

(1) Pardessus, *Tr. de Dr. comm.*, t. II, nos 542 et 576; Desjardins, Tr. *de Dr. comm. marit.*, t. II, n° 276; Sourdat, *Tr. gén. de la responsabilité*, I, n° 995; parmi les auteurs récents, voy. : Ruben de Couder, *Dict. Dr. comm. et indust.*, v° *Chemin de fer*, n° 311; et Vermond, *Manuel de Dr. marit.*, n° 120, p. 185 et suiv.

(2) Troplong, *Traité du louage*, t. II, n° 942.

(3) Guillouard, *Traité du louage*, t. II n° 761; Laurent, *Principes de Droit civil*, t. XXV, nos 531, 532 et 549; Thaller, *Traité élémentaire de Droit commercial*, n° 1011, et *Annales de Droit commercial*, I, p. 188 et 256.

pas aller assez loin, et prônent l'exonération complète du débiteur par les clauses de non-garantie, sauf le cas de faute lourde ou de dol (1). Certains même, et non des moindres, qui avaient adopté d'abord une théorie restrictive, ont cru devoir l'abandonner complètement pour admettre l'efficacité complète (2).

A la théorie du renversement de la preuve, on oppose les principes proclamés par la jurisprudence dans des matières voisines, l'assurance des fautes et les clauses pénales : Ne sont-ils pas en contradiction avec cette théorie, ou bien existe-t-il un moyen de les concilier?

§ 1er.

A) On a souvent retracé l'évolution de la jurisprudence sur la validité de l'assurance des fautes (par exemple V. Boutaud, *loc. cit.*, nos 55 et suiv.). Il est des genres d'assurance (incendie, accidents) dont la principale utilité est de garantir l'assuré contre les conséquences de ses propres fautes; nul n'en conteste plus cependant la validité. L'idée d'assurance des fautes est aujourd'hui courante; et, même en matière maritime, où il y avait des textes restrictifs (C. comm. 351 et 352), jurisprudence et doctrine tendent à n'y plus voir qu'une interprétation de volonté dans le silence des parties (V. note de M. Lyon-Caen au *Sirey* 1887. 1. 121). En un mot, on peut dire qu'aujourd'hui l'assurance, — au moins l'assurance terrestre, — garantit valablement l'assuré :

1° des conséquences de son fait personnel, sauf ses fautes

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde, *Traité des obligations*, I, nos 360 et 492; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Traité du louage*, II, n° 1727; Boutaud, *Des clauses de non-responsabilité et de l'assurance de la responsabilité des fautes*, nos 121 et suiv.; de Courcy, *Questions de Dr. marit.*, II, p. 75 et suiv., et IV, p. 435 et suiv.; Fromageot, *De la faute comme source de la responsabilité*, p. 206 et suiv., et p. 242 et suiv.; Labbé, note au recueil Sirey, 1876. 1. 337 et *Ann. de Dr. comm.*, I, p. 185 et 251; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de Dr. comm.*, 2e édit., III, nos 623-626; V, n° 747; Pont, *Petits contrats*, I, n° 996; Rencker, *De la non-responsabilité conventionnelle*; Sainctelette, *Responsabilité et garantie*, p. 18, n° 5, et p. 50.

(2) Sarrut, *Législation et jurisprudence en matière de transport*, n° 222 *ter*; et note au Dalloz, 90. 1. 209.

lourdes et son dol. (Cass. 18 avril 1882, S. 82 1. 245 et rap. de M. Babinet. La jurisprudence étrangère est dans le même sens : Gand, 10 juin 1885, *Pasicr. belge*, 86. 2. 19; Haute-Cour d'Angleterre, 8 juill. 1897, *Rev. int. dr. marit.*, 97-98, p. 380 et 17 juil. 1897, *ibid.*, p. 156.);

2° des fautes même lourdes ou dolosives de ses préposés (Cass. 22 oct. 1894, S. 95. 1. 8; 2 juin 1886, S. 1887, 1, 369; la jurisprudence étrangère est dans le même sens. Gand, 10 juin 1885 précité; Trib. sup. hanséatique, 8 janv. 1897, *Rev. dr. maritime*, 97-98, p. 136.)

N'y a-t-il pas là une contradiction avec la jurisprudence sur les clauses de non-garantie? Logiquement, ne faudrait-il pas admettre une corrélation absolue entre ces deux contrats aboutissant au même effet : dispenser le stipulant de supporter personnellement les conséquences de ses fautes? Cette corrélation paraît avoir même été admise quelquefois par la Cour suprême; car, pour valider la stipulation de non-garantie par l'armateur des fautes de son capitaine, elle a plusieurs fois invoqué l'art. 353, C. comm. lui permettant d'assurer ses fautes. (Cass. 14 mars 1877 précité; 2 avril 1878, S. 1878. 1. 292; 31 juill. 1888, S. 1888. 1. 465; 18 nov. 1895, S. 1896. 1. 168; *adde* Cass. Belgique, 12 nov. 1885, S. 1887. 4. 9.)

On repousse généralement l'exonération conditionnelle des fautes même légères, en disant que l'ordre public s'y oppose, parce que, sans cela, les débiteurs manqueraient de vigilance dans l'exécution de leurs obligations, — sûrs de ne pas supporter les conséquences de leur négligence, — et que la fraude serait ainsi grandement favorisée; qu'il y aurait incompatibilité entre l'état d'obligé et une clause de non-garantie.

Ces considérations ne pourraient-elles pas s'appliquer aussi bien au cas où le débiteur s'assure contre les conséquences de ses fautes? Sa vigilance est-elle réellement bien stimulée quand il est certain que sa faute ne lui nuira pas, et qu'un tiers en payera les conséquences à sa place? Les négligences que l'on redoute en cas de non-garantie ne sont-elles pas favorisées par cette perspective? Et, si vraiment l'état d'obligé est incompatible, comme on le prétend, avec la possibilité de commettre impuné-

ment une faute légère, ne doit-on pas annuler l'assurance contractée par le débiteur, qui le conduirait au même résultat?

Impossible de répondre que l'assurance ne garantit pas l'assuré des négligences dont il ne se fût probablement pas rendu coupable s'il ne s'était senti couvert par elle, des imprudences que n'eût pas commises une personne non assurée (Rouen, 22 mars 81 sous Cass. 18 avril 1882, précité et rapport de M. Babinet), parce qu'elles constituent un manquement au contrat, l'assureur étant en droit de compter sur une diligence normale et moyenne. L'argument ne porterait pas; car, de telles fautes, dépassant les bornes habituelles de la négligence commune, constituent des fautes lourdes, et nous ne visons que des fautes légères. D'ailleurs, principes et motifs pourraient se transposer des assurances aux clauses de non-garantie.

Si la vraie raison d'annuler ces clauses est bien celle qu'on en donne à l'ordinaire, on ne répond pas non plus sérieusement aux objections précédentes en disant que, loin de repousser toute responsabilité, l'assuré la reconnaît et l'accepte, transmettant seulement à un tiers l'obligation d'en supporter les charges. Si la loi, en effet, exige du débiteur une vigilance lui faisant éviter les fautes même légères, elle ne saurait se contenter d'une responsabilité de ce genre, toute théorique et platonique, et non fécondée par la perspective de voir sortir de sa propre caisse toute indemnité due en cas de faute. Si elle commande une telle vigilance au débiteur, c'est la tourner que de permettre l'assurance même des fautes légères; or il est défendu de faire indirectement ce que la loi défend de faire directement.

Conséquemment, si la jurisprudence sur les clauses de non-garantie ne peut s'expliquer que par la raison généralement donnée, elle contredit celle qui admet l'assurance de ses fautes par le débiteur.

Du reste, il est des décisions judiciaires plus embarrassantes encore en face de la théorie des tribunaux sur la non-garantie, et sur lesquelles ne paraît pas cependant s'être encore portée l'attention des jurisconsultes qui la combattent.

Il ressort d'une jurisprudence constante depuis de longues années déjà, que l'on peut valablement renoncer à un recours

éventuel, basé sur la faute légère d'une personne, soit dans une police où l'on assure spécialement cette faute, soit dans un acte par où on lui étend le bénéfice d'une assurance plus générale (dont on fait alors payer ordinairement toute ou partie des primes par le nouveau bénéficiaire). Il en est ainsi notamment du recours éventuel contre le locataire basé sur les art. 1733 et 1734 du C. civ., appartenant soit au bailleur (Cass., 28 janv. 1868, S. 1868. 1. 174 et 15 mars 1876, S. 1876. 1. 337 et note de Labbé), soit à son assureur subrogé dans ses droits. (Cass. 24 fév. 1869, S. 1870. 1. 431.)

Cette renonciation paraît si peu exorbitante qu'on n'exige même pas une déclaration expresse, elle peut fort bien n'être que tacite; on ne le discute ni en jurisprudence ni en doctrine, on se demande seulement de quelles circonstances on peut l'induire dans ce dernier cas.

Généralement on admet que la renonciation du bailleur ne résulte pas suffisamment d'une convention où un locataire se charge d'assurer à ses frais l'immeubles loué au nom du bailleur (Rouen, 8 déc. 1879, S. 1881. 2. 125; Toulouse, 19 fév. 1885, S. 1885, 2. 73; trib. Marseille, 17 janv. 1890, *Rec. d'Aix* 1890. 2. 94; Aix, 12 juin1890, *ibid.* 1894. 1. 52); ni de celle où un locataire s'engage à supporter partiellement les frais de l'assurance contractée par son bailleur (Metz, 21 déc. 1854, S. 1855, 2. 121; *contrà*, Aix, 28 fév. 1837, S. 1839. 2. 156.). En revanche, cette renonciation est généralement induite de l'assurance faite par un bailleur en son nom et au nom de son locataire (Douai, 19 juill. 1871, Bonnevillede Marsangy, *Jurispr. des ass. terr.*, II, p. 406), de l'assurance des risques locatifs qu'il ferait au nom de son preneur (Grenoble, 23 mars 1867. motifs, sous Cass. 28 janv. 1868 précité), ou même de l'engagement pris par lui d'obtenir de son propre assureur subrogé dans ses droits la renonciation à son recours. (Caen, 18 août 1874 et Cass. 15 mars 1876 précité.) (1).

(1) Sur les cas où il y a renonciation tacite du bailleur, Voy. Duhall, *Etude sur l'assurance contre l'incendie*, nos 232-234; Grün et Joliat, *Tr. des ass. terr.*, no 182, p. 227; Guillouard, *op. cit.*, I, no 277-IV; Troplong, *op. cit.*, I, no 394; Vivante, *Il contratto di assecurazione*, I, n° 237.

De son côté, l'assureur du bailleur subrogé dans ses droits est considéré comme renonçant implicitement à son recours, quand il assure les risques locatifs soit à la demande du preneur (Caen, 18 août 1874, précité, motifs), soit à la demande du bailleur lui-même (Paris, 5 fév. 1857, S. 1857. 2. 295; Caen, 10 juill. 1873, B. de Marsangy, *loc. cit.*, II, p. 468), mais non lorsqu'il assure seulement les meubles du locataire garnissant les lieux loués. (Rouen, 8 déc. 1879 précité.)

Ces principes n'ont d'ailleurs rien de particulier au bail d'immeuble; jugé, par exemple, que des renonciations analogues peuvent intervenir légitimement entre copropriétaires d'un immeuble (Nancy, 20 avril 1894, S. 1896. 2. 93); ou entre l'assureur d'une marchandise et son transporteur (Paris, 31 juill. 1852, B. de Marsangy, *loc. cit.*, II, 240); ou même au sujet d'actions délictuelles (Bordeaux, 23 mars 1868, S. 1868. 2. 203). La jurisprudence étrangère est dans le même sens. (Voy. notamment, Haute-Cour d'Angleterre, 27 oct. 1892, *Rev. int. dr. marit.*, 1893-1894, p. 247.)

On voit que la jurisprudence est bien assise en faveur de la validité de ces renonciations. Et pourtant, au profit de leur bénéficiaire, elles constituent des clauses de non-garantie. Comment donc concilier cette jurisprudence avec celle que nous avons exposée d'abord?

B) Mais ce ne sont pas seulement des décisions rendues en matière d'assurance qui paraissent contredire le système des tribunaux sur des clauses de non-garantie, il en est de même de la jurisprudence qui s'est formée sous l'art. 1152, C. civ.

Ce texte donne aux contractants le droit de fixer souverainement les dommages-intérêts dus par celui qui n'exécutera pas ou exécutera mal ses obligations? Le juge est lié par cette évaluation, et ne peut ni en modérer le chiffre, le croirait-il excessif, ni l'augmenter, s'il le trouvait insuffisant. Il importe de bien remarquer ce principe qui est loin d'être aussi banal qu'on le dit ordinairement; notre ancien droit en effet permettait au juge de diminuer le chiffre des clauses pénales trouvées excessives (Pothier, *Obligations*, n° 345, éd. Bugnet, t. II, p. 179), et certaines législations étrangères autorisent à l'aug-

menter quand il est trouvé trop faible. (Voy. par exemple art. 414, C. comm. italien.)

Un tel texte ne permet-il pas aux parties de déclarer que nulle indemnité ne sera due? Puisqu'elles ont le pouvoir de l'abaisser, tout comme de l'élever, autant qu'elles le désirent, — et la Cour de cassation a admis notamment la validité d'une clause pénale fixant à 500 francs l'indemnité pour un dommage estimé à 10,000 fr. par le juge de fonds (Cass. 12 juil. 1893, S. 1895, 1. 126); — n'ont-elles point, par cela même, le droit de l'abaisser jusqu'à zéro? Si l'on n'osait aller jusque-là, les parties n'auraient-elles pas le moyen de tourner toutes les prohibitions, en fixant l'indemnité à une somme dérisoire, à 1 franc par exemple?

Pour être logique, la jurisprudence qui n'accorde d'autre effet aux clauses de non-garantie que le renversement de la preuve, ne devrait-elle pas déclarer que les conventions limitatives d'indemnité s'appliquent aux seuls cas où la faute du débiteur n'est pas démontrée, mais que, si le créancier l'établit, le juge arbitrera librement la réparation? Loin de faire cette distinction, les arrêts de la Cour suprême cassent invariablement ceux qui l'admettent, et affirment énergiquement que les clauses limitatives s'appliquent même en cas de faute prouvée. (Cass. 13 août 1884, S. 1886, 1. 77; 10 févr. 1896, S. 1896, 1. 413.)

Les tribunaux ne répondent pas à l'objection ainsi présentée. L'argument, sur lequel ils fondent habituellement leur distinction entre les clauses pénales et celles de non-garantie, c'est que, à la différence des secondes, les premières reconnaissent la responsabilité du débiteur, en se bornant à la limiter, ce que, — disent-ils, — l'ordre public n'interdit pas. (Cass. 2 avril 1890, S. 1890, 1. 213; 25 juil. 1892, S. 1892, 1. 360.)

Si l'ordre public cependant exige que la vigilance des contractants soit tenue en éveil par la responsabilité des fautes même légères, la loi n'est satisfaite que si le quantum de l'indemnité n'est pas inférieur au montant de leurs obligations; sinon, la vigilance du débiteur ne serait stimulée que pour une partie seulement de ses obligations. S'il est contradictoire que le débiteur soit en même temps lié par un contrat et affranchi de ses fautes légères par une clause de non-garantie, cette contradiction existe

également en présence d'une clause limitative de responsabilité pour l'excédent de la dette sur le montant de la clause pénale. En un mot, si la clause de non-garantie est illicite, toute clause limitative de responsabilité l'est également; si la responsabilité du débiteur est d'ordre public, on ne peut pas plus la diminuer que la supprimer.

La Cour de cassation admet ces conclusions quand il s'agit de la rupture du louage de services, pourquoi n'en pas faire un principe général? L'art. 1780 C. civ., modifié par la loi du 27 déc. 1890, interdit de renoncer d'avance au droit de demander une indemnité en cas de rupture du contrat sans motifs légitimes. La Cour en conclut fort logiquement qu'une renonciation indirecte ou partielle n'est pas plus permise qu'un abandon direct et total, et annule en conséquence toute estimation pour avance des dommages-intérêts éventuels. (Cass. 15 févr. 1899, S. 1899, 1. 313.)

Ce qu'elle déduit pour ce contrat spécial de l'art. 1780, ne devrait-elle pas le déduire également de l'art. 6 pour tous les autres?

§ 2.

Nous ne croyons pas ces antinomies irréductibles; la jurisprudence nous paraît — quels que soient les motifs un peu erronés souvent, parfois contradictoires, trop restreints, ou trop compréhensifs appuyant ses décisions, — la jurisprudence nous paraît avoir un véritable système, qu'on peut ne pas admettre, mais qui se tient et possède une certaine homogénité.

A. S'agit-il de relever quelqu'un conventionnellement de son dol ou de sa faute lourde, la bonne foi ne permet point de telles stipulations, pas plus indirectement que directement, pas plus sous couleur d'assurance qu'à l'aide de tout autre contrat (Cass. 15 mars 1876, précité). C'était déjà la règle de la loi romaine : *Illud nulla pactione effici potest ne dolus præstetur.* (Paul, *Dig.* 2. 14. *de pactis*, 27. 3.)

Mais, veut-on seulement libérer l'un des contractants de ses fautes légères, de celles dont la moindre bonne volonté et le plus vulgaire bon sens ne vous préservent pas, de celles qui ne peuvent

être évitées que grâce à une attention soutenue et à une habileté raffinée, le contrat pourra être valable.

D'abord la situation qu'il fait au débiteur ne blesse pas la bonne foi. Les pertes et dommages causés par la faute légère d'une personne sont dûs principalement au hasard, à des circonstances fortuites, indépendantes de sa volonté et qui l'ont plus ou moins surprise, plus ou moins entraînée par mégarde. Sous l'empire des besoins de la pratique, les jurisconsultes modernes, à la différence des anciens qui repoussaient tout rapprochement (Pothier, *Tr. des assurances*, n° 65, éd. Bugnet, t. V, p. 291; Emérigon, *Tr. des assurances*, ch. 12, sect. 2; Valin, sur l'Ord. 1681, liv. III, titre VI, art. 27), ont assimilé ces accidents à ceux qui sont dûs exclusivement au hasard. Les fautes légères peuvent donc faire l'objet d'un risque dans un contrat.

Mais inversement le contrat pourra être nul eu égard à la situation qu'il fait au créancier. Prendre à sa charge les fautes même légères du débiteur, c'est singulièrement augmenter les risques du contrat, c'est là une opération exorbitante du droit commun, est-elle permise en toute circonstance? La Cour de cassation distingue :

Le risque doit-il être supporté en définitive par une société d'assurances mutuelles ou une Compagnie d'assurances à primes (*brevitatis causa*, nous dirons un assureur de profession), en un mot par le propriétaire d'un fonds de primes où les effets de cette clause seront contrebalancés par ceux d'opérations analogues, le contrat est valable. Il n'y a alors aucune raison pour l'annuler. La situation qu'il fait au créancier n'a rien de choquant, sa profession étant précisément de rechercher le plus grand nombre possible d'opérations soumises à telle ou telle catégorie d'aléa, pour compenser entre elles les bonnes et les mauvaises chances. Dans ces conditions, il peut déterminer exactement la prime correspondant aux risques du contrat; et en outre, loin d'être exposé à une perte grave par la faute du débiteur, il contrebalancera ce dommage au moyen des résultats d'autres opérations par lui faites sous le même risque.

Si au contraire la convention par laquelle une personne accepte

la charge des fautes d'une autre, constitue pour la première un acte isolé, si elle ne fait pas partie d'un ensemble d'opérations soumises à des risques analogues, qui se compenseraient mutuellement, en un mot si les risques ne sont pas à la charge d'un assureur de profession, la Cour suprême juge l'engagement trop lésionnaire à l'égard de qui l'accepte pour être conforme à l'ordre public.

Certainement, on ne manque pas à la bonne foi en chargeant quelqu'un des conséquences de ses fautes légères; mais il ne s'ensuit pas que le contrat soit forcément licite. Sont illicites, évidemment, bien des contrats qui ne lèsent pas la bonne foi, quand un motif supérieur le commande. Ce motif, il nous semble qu'en notre matière la Cour de cassation le trouve dans ce principe de large équité qui inspire toute notre législation moderne sur la responsabilité : « La loi ne peut balancer entre celui qui se trompe et celui qui souffre. »

Or, dans notre seconde hypothèse, la situation est la suivante : d'une part, un des contractants commet une imprudence ou une négligence, il « se trompe » (*lato sensu*); d'autre part, un contractant éprouve une perte en raison de ce fait, et même une perte grave, car l'avantage pécuniaire qu'il a pu obtenir, en échange de son acceptation de ce risque, est nécessairement, comme toute prime, disproportionné (c'est précisément cette disproportion qui fait l'intérêt de l'assurance) avec le chiffre du dommage. Puis donc qu'il faut nécessairement sacrifier l'un ou l'autre, la jurisprudence, appliquant le principe ci-dessus, préfère sacrifier le débiteur qui se trompe que le créancier qui souffre (1).

On reprochera peut-être à cette distinction entre les contrats passés avec un assureur et les autres d'apprécier la validité d'un acte, non pas en le considérant seul, mais en tenant compte d'opérations étrangères et indépendantes; pour être logique, dira-t-on, il faudrait ou annuler le contrat dans tous les cas, eu égard à l'indéniable inégalité de situation des parties, ou le valider dans tous les cas par respect pour la liberté des conventions.

Cette objection n'est que spécieuse. D'abord, il arrive souvent

(1) Cf. Vermond, *Manuel de Droit maritime*, p. 189, n° 120.

qu'un acte change de caractère par cela seul qu'une des parties fait d'actes semblables sa profession habituelle. (Voy. exemples énumérés par Vivante, *loc. cit.*, III, p. 4, note 2.)

En outre, les diverses conventions passées avec les assureurs de profession ne sont nullement étrangères les unes aux autres, et essentiellement indépendantes, ni dans l'intervention des parties, ni même dans leurs éléments constitutifs.

Inutile d'insister sur le cas où l'assurance des risques est faite par une mutuelle. Mais il en est encore ainsi même si on traite avec une Compagnie à primes. D'une part, dans l'intention de la Compagnie elle-même, les diverses conventions qu'elle fait ont précisément pour but de se compenser mutuellement; c'est déjà un grand point, puisque l'annulation ne peut venir que de la situation faite au créancier.

D'autre part, ceux qui traitent avec cette Compagnie ont pour but de répartir entre eux, par son intermédiaire, un risque commun pour le rendre inoffensif; aussi a-t-on dit très justement que, même dans ce cas, il y a une idée de mutualité et d'association (1). Ils ne se font pas, en effet, l'illusion de croire que, si une entreprise d'assurance peut les garantir d'un risque à bon marché, c'est parce qu'elle a l'intention de leur faire une libéralité, ou même simplement parce qu'elle compte assez aveuglément sur la chance pour s'exposer, de gaîté de cœur, à une grosse perte d'argent. Ils savent, au contraire, que la Compagnie s'y retrouve, et fait même des bénéfices. Ils conçoivent très bien que ce résultat est le fruit de la multiplicité même de ses opérations; que les sinistres, après tout, sont choses relativement rares, et que leur répartition, sur une période de temps plus ou moins longue et sur un nombre de personnes plus ou moins grand, lui permet aisément d'en faire disparaître les conséquences fâcheuses. Ils saisissent bien la différence profonde séparant une Compagnie d'assurances qui abaisse ses primes en multipliant ses opérations, d'un commerçant ordinaire qui diminue ses prix de vente en

(1) Chaufton, *Les assurances, leur passé, leur présent, leur avenir*, I, p. 217, n° 108; Lefort, *Traité du contrat d'assurance sur la vie*, I, p. 160; Planiol, *Tr. élém. de Dr. civil*, t. II, n° 2143, 2147 et 2148; Thaller, *op. cit.*, n°s 726 et suiv.; Vivante, *loc. cit.*, I, n°s 1, 13, 37, etc.

diminuant ses prix de revient; l'énorme disproportion qui existe entre le montant de la prime et l'indemnité éventuelle suffit pour instruire les moins clairvoyants. Ce qu'ils demandent donc, en contractant, aux Compagnies, c'est de participer aux avantages du groupement des assurés, lequel fait sentir immédiatement son influence dans les éléments constitutifs du contrat, en déterminant le chiffre de la prime.

Loin donc de se trouver étrangères les unes aux autres, les diverses opérations faites par une même Compagnie sont, au contraire, dans un état de mutuelle dépendance (Cf. Vivante, *loc. cit.*, III, pp. 3 et 4). Et la Cour de cassation ne fait donc pas intervenir un élément étranger au débat, quand elle considère si les clauses qui nous intéressent font, oui ou non, partie d'un ensemble d'opérations de même nature.

La distinction que nous venons de présenter fait disparaître toute contradiction entre les arrêts sur les clauses de non-garantie et ceux qui concernent les assurances.

Veut-on savoir si une clause par laquelle une personne s'exonère de ses fautes légères est valable ou nulle? Le critérium est très simple : ce risque est-il mis à la charge d'un fonds de primes, la convention est valable; sinon, elle est nulle.

La Cour de cassation, dans son arrêt précité du 15 mars 1876, fait implicitement une application délicate de cette règle. Un bailleur d'immeuble s'était engagé envers une personne (qui se chargeait du service des primes à sa place) à obtenir de son assureur renonciation au secours basé sur les art. 1733 et 1734 C. civ., auquel il l'avait subrogé. L'associant aux avantages de sa propre police, il renonçait tacitement, envers son locataire, à son recours en cas d'incendie, pourtant basé sur une faute contractuelle d'après la théorie la plus générale (Guillouard, *op. cit.*, t. Ier, n°s 255 et suiv.). Cette convention est-elle valable? L'arrêt ne le met pas en doute en ce qui concerne des fautes légères; et, en effet, son but est de mettre les risques de ces fautes à la charge d'un assureur.

De cette théorie, nous tirerons une conséquence pratique très importante : veut-on qu'une clause de non-garantie, contenue dans n'importe quel contrat, relève le débiteur de ses fautes

légères? Il suffit d'y adjoindre une police d'assurance de ces fautes, en stipulant au besoin de l'assureur renonciation à tout recours. Mais, bien entendu, il ne suffirait pas de déclarer dans le contrat principal que le créancier assurera sa chose s'il le juge convenable; une telle clause constitue un simple conseil, et non une obligation d'assurer.

B) L'antinomie entre la jurisprudence sur les clauses de non-garantie et celle qui concerne les conventions limitatives de responsabilité, à notre avis, n'est également qu'apparente. Dans ces deux clauses intervient l'idée de contrat aléatoire, mais pas de la même façon.

Dans les clauses de non garantie, l'avantage que peut obtenir le créancier pour se charger du risque des fautes est une simple prime, comme telle disproportionnée forcément avec le dommage éventuel. En vertu d'une clause limitative de responsabilité, il reçoit la somme convenue, au cas d'inexécution du contrat, et cette prestation peut être singulièrement plus avantageuse que la prime de tout à l'heure.

En effet, d'après le droit français moderne, la clause pénale constitue un forfait auquel le créancier a droit, le cas échéant, sans augmentation il est vrai, mais aussi sans diminution possible. Si, en acceptant de recevoir, au cas d'inexécution même fautive du contrat, une indemnité fixée à tant, il s'expose à ne pas obtenir en fait un dédommagement intégral, il court aussi la chance de faire un bénéfice. On comprend qu'il consente à ne jamais demander à son débiteur, même en faute, un chiffre supérieur au chiffre convenu, puisque ce chiffre peut encore dépasser en fait la valeur de la perte réelle.

C'est là un contrat aléatoire au premier chef, mais il n'a rien de forcément lésionnaire pour le créancier, même en cas de faute du débiteur, comme les clauses de non-garantie; bien plus, le créancier pourrait encore faire un bénéfice, et cela sans avoir besoin de prouver, comme au cas de clause de non-garantie, la faute de son débiteur.

L'aléa qui intervient dans une convention de ce genre est complexe; il est composé de deux chances qui peuvent agir en sens divers et ne se retourneront pas fatalement contre le créan-

cier : premier risque, faute du débiteur ; deuxième risque, changement dans la valeur de l'objet. On ne peut déclarer à l'avance, comme dans l'hypothèse de clause de non-garantie, que toute faute du débiteur entraînera une perte pour le créancier. Certainement il pourra perdre, mais il pourra aussi rentrer intégralement dans ses fonds, ou même il se pourrait également qu'il fît un gain. Il n'y a donc pas ici les mêmes raisons d'annuler la clause (ou de la réduire à un simple renversement de preuve) que plus haut ; sinon, ce serait annuler tous les contrats aléatoires.

Ces explications nous montrent que, pour appliquer les clauses pénales même au cas de faute prouvée, pour pouvoir lui attribuer une efficacité complète, encore faut-il que son quantum soit tel que le créancier ne se trouve pas fatalement lésé par la faute du débiteur, mais puisse espérer au moins rentrer dans ses fonds. Si donc il est certain d'avance que la somme convenue sera toujours sensiblement inférieure à la valeur de l'objet du contrat, la clause est forcément lésionnaire, et nulle comme telle en cas de faute, tout comme une clause de non-garantie ; de même que cette dernière, elle renverserait simplement la charge de la preuve, et, en établissant la faute du débiteur, le créancier pourrait demander réparation intégrale du dommage. (Cass. 3 mars 1897, S. 1898, 1. 327.)

Quant à savoir dans quels cas le chiffre de la clause pénale est tel que la convention est forcément lésionnaire, ce sera une question de fait à régler par le juge du fond. En vue d'assurer la stabilité des contrats, la jurisprudence se montre très large dans ses appréciations ; mais, avec la restriction que nous venons d'apporter à l'art. 1152, il n'y a pas à craindre qu'à l'aide de clauses limitant à une somme dérisoire sa responsabilité, un débiteur puisse tourner la prohibition des clauses de non-garantie.

En terminant, observons que notre explication de la jurisprudence sur la clause pénale, étant basée sur la validité des contrats aléatoires quand ils ne sont pas fatalement lésionnaires, nous conduit à l'annulation de toute clause limitative de responsabilité, dans les cas où la loi interdit exceptionnellement les contrats aléatoires, et exige une réparation intégrale du dommage. C'est pourquoi la Cour suprême annule les clauses pénales

fixant dédommagement en cas de rupture d'un louage de service, depuis la loi du 27 déeembre 1890; tout au plus pourrait-on en soutenir la validité lorsque leur quantum égale sensiblement le dommage éprouvé en fait. (Cass. 25 janv. 1899, S. 1899, 1. 313; Aix, 3 mars 1897, S. 1897, 2. 140 et les renvois.)

§ 3.

Après avoir admis la validité des clauses de non-garantie jusque vers 1874, la jurisprudence leur a attribué le pouvoir de renverser la charge de la preuve. Dans les contrats d'assurance, elle a successivement admis l'assuré à s'exempter d'abord des fautes légères émanant soit de ses préposés, soit de lui-même, puis des fautes même lourdes ou dolosives de ses préposés.

Faut-il croire que cette phase où nous nous trouvons actuellement est définitive? L'adoption par la plupart des jurisprudences étrangères des deux mondes de la théorie française pourrait faire croire que nous sommes dans une telle période (1).

Nous ne le pensons cependant pas; à mesure en effet que nos mœurs se sont transformées, la jurisprudence a voulu les suivre pour donner satisfaction aux besoins de la pratique. Or, nos mœurs économiques se transforment encore, se transforment tous les jours; d'où l'on peut conclure que la jurisprudence évoluera comme elle.

Dès à présent, ou tout au moins dans un prochain avenir, ne pourrait-elle déjà se modifier?

Qu'elle développe la théorie des assurances ou les principes qu'elle proclame en appliquant l'art. 1152, nous croyons la transformation assez facilement réalisable.

A) La pratique des assurances, très rare au commencement de ce siècle, — sauf pour les risques maritimes, — se généralise de plus en plus; on en vient à en considérer certaines, — spécialement les assurances contre l'incendie ou contre les accidents, — comme de véritables nécessités sociales, et comme des mesures de prudence vulgaire. L'écho de cette tendance se trouve déjà dans notre jurisprudence et dans notre législation.

(1) Sur la jurisprudence étrangère en matière de clause de non-garantie, V. notre note au S. 1901. 1. 393, col. 4.

Ne peut-on pas concevoir que, dans un avenir assez rapproché, la jurisprudence considérera les assurances, comme le complément indispensable de tous les contrats augmentant, modifiant, ou déplaçant les risques courus par un objet? Ne peut-on pas croire qu'un moment viendra où la pratique de l'assurance sera entrée tellement dans les usages, que tout contractant détenteur de la chose d'autrui pourra légitimement compter que son cocontractant l'assurera contre les risques qu'elle peut courir entre ses mains, en stipulant même de l'assureur renonciation à tout recours basé sur sa faute légère? N'en pourrait-il pas être ainsi dès à présent pour les assurances aussi répandues que l'assurance contre l'incendie, dans les cas où l'objet du contrat court des risques de combustion exceptionnels?

N'en devrait-il même pas être ainsi dans les contrats où, le débiteur proposant deux tarifs, — comme nos compagnies de chemins de fer, — l'un avec risques des fautes légères, l'autre plus haut mais sans risques, le créancier choisit le premier, le plus bas? Dans cette hypothèse on pourrait induire des circonstances mêmes un accord tacite des parties, obligeant le créancier à assurer sa chose, — en stipulant même renonciation de l'assureur à son recours, — avec les fonds économisés grâce à la différence des tarifs.

B) La jurisprudence pourrait encore dès à présent valider les clauses de non-garantie par un autre moyen. Elle applique les clauses pénales même au cas de fautes prouvées (sauf les fautes lourdes et le dol) en disant qu'il est toujours loisible de limiter sa responsabilité. Ce point de départ pourrait conduire à donner effet, dans tous les cas, aux clauses de non-garantie : puisqu'elles ne mettent jamais à l'abri du dol et de la faute grave, ne sont-elles pas des conventions *limitatives* de responsabilité, supprimant celle des fautes légères et réduisant la garantie aux hypothèses de dol et de faute lourde?

Cédant à l'influence d'une consultation lumineuse de M. le doyen Vigié, la Cour de Montpellier avait décidé, dans un récent arrêt (1), que la clause de non-garantie vaut renversement de la

(1) Montpellier, 21 fév. 1898, rapporté avec Cass. 31 déc. 1900, S. 1901. 1. 396.

preuve pour les fautes lourdes, mais exonération complète pour les fautes légères; et, pour condamner, elle avait dû considérer comme fautes lourdes les faits qui lui étaient reprochés. Est-ce le commencement d'une évolution jurisprudentielle? S'il en était ainsi, nous aurions, pour ainsi dire, tourné en cercle; nous serions revenus peu à peu à une théorie déjà proclamée par les jurisconsultes latins : « Hoc servabitur quod initio convenit; « legem enim contractus dedit, excepto eo, quod Celsus putat, « non valere si convenerit ne dolus præstetur (1). »

Observons enfin qu'on peut se consoler de ne pas voir la jurisprudence modifier son système; quelle que soit la théorie proclamée, le juge en fera toujours en pratique ce qu'il voudra : Reconnaît-on aux clauses de non-garantie le seul pouvoir de renverser la preuve? en se montrant sévère dans l'administration de celle-ci, le juge peut repousser tout recours contre le débiteur; leur reconnaîtrait-on pleine efficacité? le juge pourrait faire aboutir quand même une action en indemnité, en qualifiant de faute lourde les agissements du débiteur.

E.-H. PERREAU.

BIBLIOGRAPHIE

Etudes de Droit public.
I. L'État, le droit objectif et la loi positive,

Par M. L. Duguit, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Bordeaux.

Compte-rendu par M. F. Geny, professeur de Droit civil à l'Université de Nancy.

Après tant d'autres, M. Duguit a voulu scruter les origines et éprouver les fondements de l'organisation sociale, qui, tout

(1) Ulpien, Dig., 50. 17, *De regulis juris*, 23; Cf, id,, 9. 2, *Ad legem Aquiliam*, 27. 29 qui suppose d'un usage habituel chez les Romains la clause de non-garantie dans certains contrats.

d'abord, s'impose à nous comme un fait inéluctable. Non seulement la vie de l'homme est, naturellement, collective; mais l'humanité se présente divisée en groupements, qui forment autant de sociétés distinctes les unes des autres, chacune garantissant à ses membres les conditions essentielles à leur sécurité en même temps qu'elle exige d'eux les services indispensables à son propre maintien; et, dans le sein de ces groupements autonomes et rivaux, le citoyen est régi aussi bien que protégé par une règle impérieuse, limitant l'activité de chacun pour assurer la liberté de tous. Sur quoi reposent l'État, la loi positive? Y a-t-il, derrière ces constructions toutes formelles, un fonds vraiment objectif, qui en expliquerait la raison d'être et devrait en diriger le développement?

Mal satisfait des réponses données jusqu'alors à ces questions, M. Duguit a pensé ne les pouvoir résoudre qu'en écartant toute conception *a priori* et n'envisageant que les réalités pour en pénétrer directement le secret. Il nous offre donc aujourd'hui le premier essai, vraiment sérieux, d'une doctrine sociale établie sur un fondement exclusivement positif.

Parti de la conviction que la seule chose qui puisse être affirmée comme préliminaire de toute étude sociale, c'est la pensée individuelle, consciente d'elle-même, tendant à agir du dedans au dehors, c'est-à-dire à vouloir, et à manifester sa volonté par l'action en vue d'un but, il constate, à titre de vérité historique, permanente et irréfragable, l'existence de l'homme en société. Or, à la base de la vie sociale, il découvre comme une entité irrréductible le fait de la solidarité. Cette solidarité, qui se présente sous deux formes principales, solidarité par similitudes, solidarité par division du travail, n'est, bien comprise, « que la coïncidence permanente des buts individuels et « sociaux » (p. 615). Aussi engendre-t-elle ce qu'on peut appeler la *socialisation* de l'individu. En effet, l'homme a conscience de la solidarité, et, par là même, il la veut. En même temps, cette conscience implique celle d'une règle de conduite, qui sera également voulue, et qui consiste à « coopérer à la réalisation de la « solidarité sociale sous ses deux formes » (p. 89). Ainsi, l'on arrive à la notion du droit objectif qui va dominer toute l'organi-

sation et dont résultent tant les pouvoirs que les devoirs objectifs représentant les attributs actifs ou passifs des éléments sociaux. De plus, la mise en œuvre du droit objectif exige, pour la direction des individus : d'une part, des personnalités plus puissantes ayant mission de gouverner les autres, et c'est ce qu'on appellera l'État; d'autre part, des dispositions abstraites formulées par voie générale, limitant l'arbitraire des gouvernants et fixant la sphère d'activité de tout citoyen, ce sera la loi positive. Celle-ci se présente donc comme une révélation, partielle mais précise, du droit objectif, tandis que les droits subjectifs, ou plutôt les situations juridiques subjectives, ne proviennent que d'actes de volonté individuelle, déterminés par un but conforme à la règle de droit, c'est-à-dire d'actes juridiques.

Autour de ce canevas qui résume, telles que je les comprends, la substance des idées capitales du livre, l'auteur a su grouper des développements historiques, infiniment délicats et suggestifs, particulièrement sur les formes sociales, tant de l'antiquité (cité) que des temps modernes (nation), sur la différenciation des gouvernants et des gouvernés, sur la formation des notions de souveraineté, d'État ou de loi positive, en même temps que de pénetrantes critiques des doctrines capitales (principalement allemandes et françaises), relatives au droit objectif, à l'acte juridique, à l'État-personne et ses divers modes d'activité : administration, juridiction, législation, etc..., etc... Non content d'apporter des idées nouvelles et de proposer des formules inédites, il s'est évertué à nous montrer par le menu la portée des unes et l'intérêt pratique des autres. C'est ainsi par exemple qu'il tente de renouveler la technique juridique par le caractère qu'il assigne à ce que nous appelions jusqu'ici les rapports de droit (p. 183-196), qu'il fait surgir tout un programme social de sa conception fondamentale du droit objectif (p. 272-302), et qu'il tire les conséquences les plus riches de la notion de la loi positive, soit qu'il l'envisage comme disposition générale (p. 520-539), ou comme règle obligatoire (p. 551-576), soit qu'il l'oppose à l'acte juridique (p. 593-612).

Dans l'impossibilité, où je me sens, de signaler tous les apports et de faire ressortir les mérites éminents de cette œuvre de haute

et claire philosophie, je voudrais du moins mettre en lumière deux conclusions capitales, qui me paraissent se dégager nettement du beau livre de M. Duguit, sans dissimuler, d'ailleurs, les réserves que j'y croirai devoir faire.

*
* *

Un premier résultat sera, je crois, définitivement acquis, par les efforts de notre auteur, à la méthodologie des sciences sociales.

Jusqu'à présent, les données essentielles de ces sciences nous apparaissaient sous la forme de certaines conceptions pures de l'esprit, que l'on tenait pour intangibles, et sur lesquelles, comme sur des échafaudages en l'air, se construisaient les doctrines, pour s'épanouir, principalement par voie déductive, en résultats pratiques. Ainsi, c'est encore un axiome inébranlable de l'École que tout droit (au sens subjectif) suppose un sujet, qui en soit investi et que nous appelons *personne*; on ajoute que la personne peut être individu ou collectivité, mais qu'une collectivité ne saurait avoir de droits que si l'on a pu lui reconnaître cette qualité, indispensable pour y fixer les attributs juridiques. Aussi envisage-t-on l'État comme une personne, investie de la souveraineté qui lui donne tous pouvoirs, sauf, disent quelques-uns, l'effet de la limitation qu'il s'imposerait à lui-même, ou réserve faite, suivant d'autres, de certains droits individuels supérieurs.

M. Duguit n'a pas de peine à nous faire voir qu'il n'y a là qu'une série de fictions, vaines dans leur fondement, et dépourvues de résultats acceptables. Ne s'attachant qu'aux réalités, et ayant dégagé de la solidarité sociale la notion du droit objectif, il constate que celui-ci engendre simplement pouvoir et devoir pour les volontés qui ne peuvent être et ne sont qu'individuelles. Entre ces volontés en surgissent de plus fortes, qui gouverneront les autres, constateront la règle de droit et organiseront les moyens destinés à la sanctionner, mais sans cesser d'être dominées, elles-mêmes, par ce droit objectif, fondé sur la solidarité sociale. Ainsi disparaissent, comme inutiles et trompeuses, les conceptions de sujet de droit, de personnalité étatique, de souveraineté. On voit, dans cet exemple, que le procédé de M. Duguit

se marque par une tendance décidée à serrer d'aussi près que possible la réalité et à bannir l'illusion des formules vides ou des idées préconçues (Voy. notamment, p. 5 et 241. — *Adde* p. 191-193.).

Est-ce à dire que notre auteur ait pu complètement échapper à l'empire des conceptions et à la puissance des mots? A dire vrai, il ne semble pas l'avoir espéré lui-même (voy. p. 20-22, p. 617 *in fine*); et, de fait, l'importance qu'il attache à ses conceptions de la solidarité sociale (par similitudes, — par division du travail), du droit objectif, de la loi positive, de l'acte juridique, etc., et plus encore peut-être à ses distinctions parfois subtiles entre pouvoir ou devoir objectifs et situation juridique subjective, législation normative et législation constructive, etc., nous montrent que, s'il s'est débarrassé du vieil apparat scientifique, ce n'a guère été que pour lui en substituer un autre, rajeuni et transformé peut-être, mais, il faut l'avouer, quelque peu dissonant encore à nos oreilles.

Au fond, il ne semble pas possible d'édifier une doctrine sociale avec les réalités brutes, prises telles que les offre la vie. Qui dit doctrine implique synthèse scientifique. Et la synthèse ne se peut obtenir sans déformer quelque peu les réalités, qu'il faut condenser en idées et traduire en formules. Tout ce qu'on peut demander, c'est que cette déformation soit la moindre possible, qu'en agitant les conceptions et faisant résonner les mots, nous n'oubliions jamais le fonds substantiel qui doit y rester contenu, enfin, que, si nos procédés d'étude nous détournent en quelque mesure de la vérité des choses, nous y soyons toujours ramenés par le but à atteindre et par l'énergie même du réel. Comment nous mouvoir en ces lignes un peu flottantes et par quels moyens concilier l'observation directe de la vie avec la recherche de l'idéal, où la diriger? C'est à la théorie de la connaissance qu'il incombe de nous l'apprendre, et les difficultés que nous éprouvons à dégager ici la vraie et sûre méthode, suffisent à montrer que de progrès cette théorie devra réaliser encore dans l'ordre des sciences morales et sociales (1). Du moins,

(1) Voy., à cet égard, mon livre : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899, notamment nos 60-63, p. 111-174.

M. Duguit nous a-t-il signalé nettement l'objectif à poursuivre et démontré, par l'exemple, la fécondité du point de vue réaliste.

*
* *

A côté de ce résultat si précieux pour l'avancement de la science, M. Duguit, trop modeste lorsqu'il prétend n'avoir fait qu'œuvre négative, apporte toute une suite de conclusions de fond, qui éclaireront singulièrement la direction du mouvement social. Si multiples et si complexes qu'elles soient, toutes ces conclusions me semblent converger autour d'une vérité capitale, trop souvent obscurcie ou méconnue dans le désarroi d'idées, qui a si fort compliqué le développement philosophique du dix-neuvième siècle. C'est à savoir qu'il existe réellement, pour régir la société des hommes, un droit objectif, supérieur à la mobilité des choses et à la volonté des individus. Ce droit objectif, qui s'impose à tous, gouvernants et gouvernés, doit se traduire dans la loi positive; mais il la domine de haut, à tel point que, si celle-ci contenait une disposition contraire, elle serait sans valeur et personne ne serait tenu d'y obéir. La règle de droit se constate, mais ne se crée pas. Et la prétention de poser le droit contre le droit ne peut être qu'un acte de force, rien de plus (p. 377, p. 423-425). Aussi le pouvoir de l'État n'est-il légitime que s'il s'exerce conformément à la règle de droit (p. 255-267). Hors de là, la contrainte étatique ne saurait valoir. Et la sanction (ou la garantie) des principes, qui limitent négativement et positivement l'action des gouvernants, peut aller jusqu'au droit d'insurrection des gouvernés (p. 311-317).

Dans le développement de cette idée, que le droit objectif reste indépendant de ceux qui le mettent en œuvre (p. 145-146), M. Duguit va si loin qu'il arrive à supprimer toute différence fondamentale entre l'État et l'individu, confondant à plaisir droit public et droit privé (p. 7, 20, 187, 270, 370, 375), et refusant de reconnaître la contrainte étatique lorsqu'elle se produit à l'encontre de la règle de droit, aussi bien qu'il sanctionne, si elle est conforme à celle-ci, la puissance qui appuierait la volonté individuelle (p. 261, 267-272) (1). — Une pareille théorie

(1) N'y a-t-il pas quelque contradiction à dire d'autre part qu' « en droit

irait sans peine jusqu'à dénier tout caractère spécifique à l'État. Car ce n'est pas assez sans doute de lui reconnaître, comme assurant sa supériorité de fait, une prépondérance de pure force (p. 242-255, 302, 306, 349-350, 353-356, 367), qui, dans telles conditions données, pourrait se trouver du côté des individus. Du moins, conviendrait-il d'attacher aux actes de l'autorité, moyennant les garanties que présente sa constitution légitime, une présomption de conformité au droit objectif, qui les prémunît contre toute critique téméraire. Mais la confusion singulière, qui apparaît ici chez l'auteur, ne met que mieux en relief l'importance, absolument capitale et presque absorbante, qu'il attribue au droit objectif, tel qu'il le comprend.

Au vrai, ce droit objectif rappelle, à s'y méprendre, le vieux droit naturel, ce « droit universel et immuable, source de toutes « les lois positives » dont parlait le projet de Code civil de l'an VIII (1). — Toutefois, je ne doute guère que M. Duguit ne se récrie et ne proteste de toutes ses forces contre un pareil rapprochement. De fait, à l'exemple de tous les sociologues contemporains, il réprouve énergiquement la doctrine du droit naturel (p. 7-8), non sans reconnaître, d'ailleurs, que, « venue « à son heure », elle a « rendu d'immenses services » (p. 13-14, 142). Mais, pour M. Duguit, la doctrine du droit naturel paraît se confondre avec ce qu'il appelle la thèse du « droit individuel « subjectif », c'est-à-dire, si je l'ai bien compris, qu'elle consisterait essentiellement à soutenir que les droits, dits naturels, sont des pouvoirs inhérents à la personne humaine, à raison de son « éminente dignité », et en tant qu'individu (p. 7-8, 11-15, 121, 135-137, 141-143, 256-257, 273-275, 517-519). — Si la divergence ne portait que sur ce point, j'imagine qu'elle ne serait pas insoluble. En tout cas, l'idée fondamentale du droit naturel, telle que je l'entendrais pour ma part, ne répugne

« positif français, une décision individuelle n'a de valeur qu'à la condition « d'être l'application d'une règle générale formulée dans une loi, et cela « quel que soit l'organe duquel émane cette décision individuelle » (p. 521. Voy. les conséquences p. 521-535) ?

(1) Livre préliminaire, tit. I, art. 1, dans Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. II, p. 3.

aucunement à la reconnaissance d'une règle de conduite *sociale*, de laquelle dériveront les droits subjectifs de l'homme (p. 105). Et, sans doute, n'y aurait-il pas beaucoup plus de difficulté à affirmer, en maintenant l'essentiel de la doctrine traditionnelle, que « la règle de droit, immuable dans son fondement, est essen- « tiellement changeante dans ses applications » (p. 150-152; cpr. p. 11, 14, 98-100, 428, 615) (1). — En réalité, je crois qu'un fossé bien plus profond sépare M. Duguit de ceux qui, fidèles à la tradition, considèrent comme une vérité infrangible l'existence d'un droit supérieur, dominant, à titre d'idéal, les réalités positives. C'est que l'impératif, purement moral, de ce droit naturel, s'établirait en vertu d'une injonction tout intime, tenant même plus du sentiment que de la raison raisonnante, tandis que M. Duguit prétend asseoir son droit objectif sur l'expérience et l'observation positives. En effet, il le dérive de la solidarité sociale; et cette solidarité sociale n'est pour lui qu'un fait. Mais comment de la constatation d'un fait (à la supposer aussi certaine et aussi féconde que la présente M. Duguit), faire sortir le but qui détermine l'action nécessaire? Notre savant auteur prétend y parvenir en associant connaissance et volonté, ou plutôt en faisant de celle-ci la conséquence logiquement nécessaire de la première (p. 27-28). L'homme ne peut avoir conscience de la solidarité sans, par là même, la vouloir (p. 37-40). L'action serait donc inéluctablement consécutive à la pensée. J'avoue que le passage ne me paraît pas aussi facile à franchir. Du moins, y aurait-il lieu d'en atténuer la hardiesse par une transition assez simple : la conscience de la solidarité, en tant que fait, se complèterait de sa reconnaissance comme bien à poursuivre. Encore cette affirmation, que sans doute M. Duguit hésiterait à admettre voy. p. 103-105), ne serait-elle pas suffisante à notre objet. Resterait toujours, pour déterminer la volonté, la nécessité d'un mobile supérieur, qui fît apparaître dans la notion toute morale du devoir le chaînon indispensable pour consacrer définitivement la thèse du droit objectif.

Peut-être M. Duguit arrivera-t-il, en poussant à fond ses

(1) Voy. notamment : F. Geny, *Méthode d'interprétation*, n° 162, p. 485.

recherches, à s'en convaincre; et, avec la même sincérité loyale et désintéressée, qui lui a fait abandonner la doctrine organiciste et l'identification des faits sociaux avec les phénomènes physiques ou biologiques (p. 17), le verrons-nous confesser quelque jour que, dans l'ordre des sciences sociales, la métaphysique a sa place nécessaire à côté de l'observation des faits, que le devoir ne saurait résulter du seul savoir et que le droit ne trouve une base véritablement objective que dans les profondeurs de la conscience morale.

F. GENY.

Les Etats-Unis et la doctrine de Monroë,

par M. Hector Pétin, docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Paris. Compte-rendu par M. Léon Adam, avocat à la Cour d'appel de Paris.

C'est en 1823, à l'occasion des affaires d'Espagne, que les Etats-Unis de l'Amérique du Nord jetèrent les fondements de ce que l'on a pu appeler depuis : les principes du droit public externe américain, par opposition au droit public européen. Ces principes furent formulés dans les § 7, 48 et 49 du message adressé par le président Monroë au Congrès des Etats-Unis, le 2 décembre 1823.

La terre américaine n'est plus une terre à coloniser, et l'intervention, en Amérique, des puissances européennes ne peut pas plus être admise que l'intervention américaine en dehors du continent américain. Tel est le résumé de ces principes, communément compris sous la rubrique de *Doctrine de Monroë;* bien que, pour les formuler, le Président de 1823 ait prudemment pris l'avis des hommes d'Etat qui l'entouraient, et que tous n'aient fait que continuer la tradition que leur avait confiée l'illustre fondateur de la République américaine, Washington, dans son adresse d'adieux du 17 septembre 1797, qui forme son testament politique.

Qu'était cette *doctrine de Monroë,* en droit, tout d'abord? Quelles ont été, ensuite, ses applications et qu'est-elle devenue finalement, à l'heure actuelle? Ces questions font l'objet du livre de M. Pétin et il les a, on peut le dire, non seulement étudiées, mais épuisées, avec un sens juridique et une richesse d'argumentation et de documents, auxquels les lecteurs ne manqueront pas de rendre hommage.

Après avoir consacré la presque totalité de la première partie de son ouvrage à l'historique du message de 1823, M. Pétin termine cette première partie par l'examen du *point de Droit*. Il le fait « en séparant les deux parties du message; la première relative à la colonisation, la deuxième relative à l'intervention, en ayant soin de fixer auparavant les limites exactes des paroles du Président ». Pour les deux parties, il insiste sur la justesse des solutions, malgré les inexactitudes des motifs, qu'il fait ressortir de la façon la plus claire et la plus indiscutable.

Ainsi, Monroë donne, comme justification à l'interdiction de colonisation, « *la libre et indépendante condition des continents américains*. L'Amérique a cessé d'être colonisable : elle n'est plus vis-à-vis de l'Europe dans la situation inférieure d'une terre d'établissement ». C'est là, estime notre auteur, un motif insuffisant en droit. Mais il n'en est pas moins curieux de constater que, dès cette époque de 1823, le signataire du *message* proteste contre la violation d'un principe du droit public international moderne, consacré seulement de nos jours, dans l'acte de Berlin du 26 février 1885 : « En droit public, pour l'acquisition de la souveraineté, il faut, comme en droit privé, à défaut d'un titre, une occupation sur une chose sans maître. » Quant à l'occupation, de fictive, elle devait devenir effective.

En ce qui concerne le principe de non-intervention, ce n'est pas dans l'injustice du but de l'intervention alors en cause (intérêt égoïsme des souverains et non des peuples), non plus que dans l'inexactitude de son objet (les colonies espagnoles devant être considérées comme de véritables États et non de simples sujets vis-à-vis de l'Espagne), qu'il faut chercher le mobile du message de 1823.

« Monroë, dit M. Pétin, s'est laissé guider uniquement par cette idée qui est la pensée maîtresse, le lien et le nœud des § 7, 48 et 49 de son message : l'Amérique formant un continent particulier, échappe au système politique de l'Europe, et les mesures prises pour assurer l'ordre et la tranquillité en Europe sont sans force en ce qui concerne l'Amérique. Voilà son idée. Il ne conteste pas l'intervention de la Sainte-Alliance en Amérique parce que le principe de l'intervention est inexact, il le rejette pour la seule raison que les puissances de l'Europe, libres d'organiser a

leur gré l'équilibre européen, n'ont aucun titre pour organiser l'équilibre américain. C'est à cette idée d'équilibre bien plus qu'à l'idée d'intervention qu'il faut s'attacher pour caractériser la deuxième partie du message de Monroë. »

Mais, tout ce système de doctrine est, en somme, bien *défensif!* Suffira-t-il aux événements qui se dérouleront dans l'avenir? Sur ce point, le tempérament saxon des Américains suivra une tradition, dont les latins ont, du reste, largement usé.

« A la lettre de la doctrine, la *coutume* substituera son esprit. » La doctrine de Monroë est, il ne faut pas l'oublier, un principe de politique et non un texte légal. « Ce n'est point, fait observer notre auteur, un tissu serré de principes rigoureux, mais une formule un peu flottante, souple, capable de se plier aux circonstances, sans se déformer complètement, et douée de la possibilité d'élargir son cadre primitif sans pourtant le briser. »

Le cadre se brisera pourtant. Car, après avoir assisté à l'*extensibilité* de la doctrine dans les affaires du *congrès de Panama*, du *Texas*, du *Yucatan*, de l'*Orégon*, du *canal interocéanique*, du *Mexique*, de *Saint-Domingue*, du *conflit anglo-vénézuélien*, de *Cuba*, — affaires à chacune desquelles M. Pétin consacre un chapitre spécial du plus haut intérêt, — nous verrons l'Amérique hésiter pour la dernière fois à *Samoa*, et obéir définitivement aux maximes de l'*impérialisme* le plus absolu, dans les affaires d'*Hawaï* et des *Philippines*.

« Monroéisme et impérialisme, entre ces deux opinions l'exécutif avait à choisir : il les a choisies toutes deux. La même année, le président Mac-Kinley annexait les Philippines, et les délégués américains, à la conférence de La Haye, proclamaient solennellement leur attachement inébranlable à la doctrine de Monroë. » Ils la faisaient enfin reconnaître officiellement par l'Europe et, modifiant l'antique formule, « les États-Unis, — conclut M. Pétin dans les dernières lignes de son livre, qui sont en même temps un cri d'alarme trop justifié, — pouvaient dire à la fois : « Le « monde et l'Amérique aux Américains. » LÉON ADAM.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. - Imp. F. PICHON, 24, rue Soufflot.

F. Mr.

ÉTUDE DES DIVERSES CONCEPTIONS ACTUELLES DU CONTRAT

Par M. Georges Dereux, avocat à la Cour d'appel de Paris.

Prétendre étudier les diverses conceptions qui existent du contrat, cela peut, au premier abord, paraître étrange : y a-t-il donc plusieurs manières de comprendre cette opération si fréquente, et dont le nom se répète en droit si souvent, le contrat! Comment! Quand j'achète un livre ou que je loue une voiture, je fais quelque chose de si compliqué qu'il y ait lieu de mettre en avant plusieurs théories pour comprendre cette opération! Sans doute, les Allemands, qui voient de tous côtés matière à construire des doctrines abstraites et subtiles, ont pu trouver, là comme partout, l'occasion d'exercer leur talent de métaphysiciens. Mais nous, Français, laissons donc les nuages à la Germanie. N'imaginons pas des difficultés factices, uniquement pour avoir le plaisir de les vaincre, semblables à des enfants qui édifient de fragiles châteaux de cartes, pour les abattre ensuite d'un seul souffle.

Voilà les réflexions que suggère d'abord le titre de notre étude, et, en vérité, de peur de passer vainement notre temps à tâcher d'éclaircir quelque chose de très clair, nous serions presque tenté de poser notre plume. Mais voici près de nous un recueil de Dalloz; nous y jetons les yeux; que de décisions relatives à la validité et à l'interprétation des contrats, ou aux pouvoirs du juge en cette matière! Et aussi, avouons-le, que d'arbitraire dans bon nombre de ces décisions! Ici les magistrats se sont attachés très strictement aux termes de la convention; là ils se sont donné libre carrière pour deviner l'intention secrète des parties; ailleurs, sous prétexte d'interpréter, ils ont corrigé. Tout cela ne viendrait-il pas, dans une certaine mesure, de ce qu'on n'a pas une notion assez nette du contrat, et de l'importance respective des éléments qui concourent à lui donner sa force obligatoire : volonté individuelle, bonne foi, équité, intérêt social? Oui, il est au moins possible *a priori* que l'incertitude de la jurisprudence en cette matière résulte pour une certaine part du vague de la doctrine : et si quelques auteurs, fussent-ils Allemands, ont cherché à construire des théories plus nettes, nous ne devons pas les ignorer.

Et voici encore une autre raison de poursuivre notre étude : c'est, en quelque sorte, le droit privé qui a créé la notion de contrat. Mais combien ne déborde-t-elle pas à l'heure actuelle en dehors de son cadre primitif! De quel côté de la sociologie peut-on tourner les yeux sans l'y voir apparaître? S'agit-il du fondement de la souveraineté, du droit de punir, ou encore de l'impôt proportionnel, ou de la force obligatoire des traités internationaux, du libre-change au sein d'un État, ou d'un État à l'autre, de la loi de l'offre et de la demande : partout l'idée de contrat intervient, ou tout au moins l'on discute pour savoir si elle doit intervenir; partout elle joue un rôle dans le vaste champ des sciences sociales. Donc, puisqu'elle leur sert, en quelque sorte, d'outil, tâchons que l'outil soit bon; tâchons que cet instrument puissant fasse non pas seulement beaucoup d'ouvrage, mais de bon ouvrage; et pour cela élaborons nne notion du contrat qui sache respecter à la fois et le besoin de simplicité de l'esprit humain et la complexité des choses.

Nous nous proposons donc d'étudier la notion de *contrat* ou, puisque ces termes sont devenus synonymes, de *pacte* ou de *convention*. Consultons quelque auteur classique. Pothier, par exemple, nous dit : « Une convention ou un pacte... est le consentement de deux ou de plusieurs personnes pour former entre elles quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent, ou pour le modifier. » Voilà qui est clair, semble-t-il. Quant à son essence, le contrat résulte d'un accord de plusieurs volontés, — et, quant à son effet, il est une des sources des obligations, ou, si l'on veut être plus complet, il est une des sources de leur existence, de leurs modifications ou de leur inexistence.

Eh bien, chacune de ces deux propositions, si évidentes en apparence, a été contestée :

Première controverse : pour l'école classique, l'essence ou l'élément constitutif du contrat, c'est un concours de volontés purement intérieures; ce qu'il faut pénétrer, pour constater cet accord, c'est l'âme même de chacune des parties contractantes; le reste, gestes, paroles, écrits, ce sont des moyens de preuve, rien de plus; les phénomènes sensibles, les faits extérieurs à

l'âme n'ont point de valeur en eux-mêmes, mais seulement en tant qu'ils dévoilent des faits intérieurs; et les faits intérieurs seuls sont l'élément constitutif de la convention (1). Dans cette théorie donc, une réserve mentale de l'une des parties, à condition d'être prouvée, empêcherait le contrat de se former et ne laisserait place qu'à des dommages-intérêts délictuels. — Oui; mais, dira-t-on, prouver une réserve mentale, cela est impossible. — Non point : que la partie adverse vous défère le serment, et vous voilà à même d'établir juridiquement les phénomènes les plus secrets de votre pensée. Et si la réserve mentale n'est pas prouvée, le contrat pourra bien se trouver produire tous ses effets; mais il n'y aura là que le résultat d'une erreur fâcheuse du juge, d'un fait accidentel, et non d'un droit réellement existant et solidement assis. — A cette théorie classique, des jurisconsultes allemands en ont opposé une autre, qu'on appelle souvent la théorie de la déclaration de volonté; pour eux, la volonté purement intérieure n'est plus qu'un fait étranger au contrat; mettant au premier plan les considérations d'utilité sociale, de crédit public, ils disent que c'est la déclaration de volonté, le fait externe qui est l'élément constitutif de la convention ; peu importe une réserve mentale; peu importe même qu'elle soit prouvée; le juge doit l'ignorer. — Mais, va-t-on nous dire, l'intérêt de cette discussion ne se voit guère, et l'hypothèse indiquée pour le faire apparaître, cette hypothèse d'une réserve mentale prouvée en justice est bien invraisemblable et bien éloignée de tout ce qu'on peut voir dans la pratique! — Sans doute; mais que l'on veuille bien avoir un peu de patience : quand nous étudierons dans le détail les questions que nous ne faisons ici qu'indiquer, alors, nous l'espérons, se montrera en pleine lumière tout ce qui se cache, sous leur subtitité apparente, de profonde réalité.

Et voici maintenant un deuxième sujet de controverse : pour l'école classique, nous l'avons dit, le contrat engendre des obligations; il en est une des cinq sources, que l'on trouve énumérées dans tous les traités de droit privé. Or, certains auteurs ont

(1) La théorie classique voit une exception à ce principe dans les contrats solennels; nous n'avons pas à nous occuper spécialement d'eux dans cette étude.

protesté; l'un d'eux, Schlossmann, nie l'existence même de l'obligation contractuelle; pour d'autres, ce que l'on nomme ainsi, dérive en réalité, non pas d'un contrat, non pas de l'accord de plusieurs personnes, mais de faits plus généraux, qui se retrouvent ailleurs que dans les contrats, et qui partout engendrent des obligations; ce sont là les véritables sources des obligations; le contrat n'en est point une.

Les réflexions qui précèdent nous tracent la voie que nons devons suivre : nous rechercherons d'abord quel est l'élément constitutif du contrat, puis quels sont ses effets et s'il est vraiment une source d'obligations. Et enfin, après avoir ainsi étudié cette notion dans le domaine du droit privé, qui est son domaine propre, nous donnerons quelque idée des applications que l'on peut faire des diverses conceptions existantes du contrat dans les autres sciences sociologiques.

I. — *De l'élément constitutif du contrat.*

La théorie qu'en cette matière nous avons appelée la « théorie classique », est celle qui a régné exclusivement en France depuis longtemps jusqu'à ces dernières années, celle que chez nous on trouve enseignée partout... ou plutôt partout sous-entendue. Pourquoi sous-entendue? Parce qu'une opinion ne prend conscience d'elle-même qu'en présence d'opinions rivales. La théorie classique, étant la seule répandue dans notre pays, y est à peine remarquée, et la plupart des jurisconsultes français l'adoptent à peu près comme M. Jourdain faisait de la prose : sans s'en apercevoir. Et comme ils ne s'en aperçoivent pas, ils ne prennent pas soin de nous en avertir, ni de préciser leur opinion, ni de la soutenir par des arguments. — En Allemagne, au contraire, la théorie en question, sous le nom de « théorie de la volonté », a commencé à prendre conscience d'elle-même dans les écrits de Savigny, de Windscheid, de Zitelmann, d'Enneccerus qui la défendit fort habilement contre plusieurs objections (1)! Depuis,

(1) On peut trouver une bibliographie très complète de cette question dans le livre d'O. Bülow, *Das Geständnissrecht*, p. 106 et suiv.

presque tous les auteurs de ce pays qui parlent du contrat en général exposent et discutent la « *théorie de la volonté* » et l'opposent à la « *théorie de la déclaration de volonté* ».

Dans la première de ces théories, nous l'avons déjà dit, c'est la volonté seule, telle qu'elle a existé dans l'âme, qui peut lier un homme contractuellement; c'est elle seule qui, rencontrant une volonté semblable, fait naître un pacte valable; c'est elle, purement intérieure, et non une volonté extériorisée et, pour ainsi-dire, socialisée par la parole ou l'écriture, qui enchaîne les parties; et aucune considération d'utilité publique, aucune raison de crédit social ou d'équité, ne permettent de substituer à la volonté vraie, sa manifestation.

Mais alors tout contrat ne va-t-il pas devenir impossible? Pierre veut conclure un marché avec Paul; comment sera-t-il jamais sûr de pénétrer les intentions de Paul? Et admettons qu'il les connaisse : ne verra-t-il pas bien souvent qu'elles ne coïncident pas exactement avec les siennes? Est-ce qu'un contrat tant soit peu complexe pourra jamais naître? C'est si rare de vouloir à plusieurs juste la même chose, de la même manière, sous les mêmes conditions, au même moment!

Oui; mais la théorie classique doit être complétée par une série d'observations qui lui permettent de se plier aux besoins de la pratique. Ces observations, on va le voir, facilitent singulièrement la conclusion des contrats, même en dehors de toute volonté réelle.

Tout d'abord, le contrat repose sur la volonté, c'est entendu; or, ajoute-t-on, il peut reposer, non seulement sur une volonté qui a existé réellement, mais aussi sur une volonté implicite. Ainsi vous avez consenti une hypothèque à votre créancier; probablement vous ne connaissiez pas à fond tout notre régime hypothécaire; mais peu importe; en consentant l'hypothèque, vous avez voulu implicitement tous les effets que la loi attache à cette constitution d'hypothèque, et rien que ceux-là. En voilà assez pour que vous soyez lié. — Ainsi quand on a consenti à une chose, on est censé avoir consenti à toutes ses conséquences normales; voilà ce que c'est que la volonté implicite. Autre exemple : un actionnaire, dans une assemblée générale, vote dans un sens, et la majo-

rité dans un autre ; le voilà lié par l'avis de la majorité. Comment cela? Volonté implicite : quand il a acquis une action, il s'est ainsi soumis implicitement aux lois et aux statuts qui gouvernent la société, et aux décisions des assemblées générales.

Il y a plus, poursuit l'école classique : supposons un marché où une personne, par ses actes, donne lieu de croire qu'elle a une certaine volonté ; en réalité, elle ne l'a ni explicitement ni même implicitement. Que va-t-il se passer? Sans doute, d'après notre théorie le contrat ne naîtra pas. Mais pratiquement tout le monde, sauf la personne en question, croira qu'il est né ; tout le monde, y compris le juge ; grâce à cette erreur commune, tout va se passer comme si le contrat avait existé ; le cocontractant n'aura pas à souffrir d'une nullité qui ne pourra pas être prouvée, et le crédit public ne sera point ébranlé. Ainsi non seulement des volontés implicites, mais même des volontés complètement inexistantes, présumées à tort par le tribunal, produiront pratiquement les effets d'un contrat.

Enfin, — ceci pour terminer l'exposé de la théorie classique, — supposons deux personnes qui se soient réunies pour conclure une affaire ; il se trouve que le contrat ne naît pas par la faute de l'une d'elles ; par exemple, par suite d'une négligence, *elle* s'est trompée sur l'objet du marché, ou bien elle a fait une réserve mentale ; et, d'une manière quelconque, elle arrive à prouver cette erreur ou cette réserve mentale. L'obligation contractuelle est donc nulle pour les deux parties. Mais qu'on ne se hâte pas de crier à l'injustice : la personne coupable va être tenue non pas par suite du contrat, mais par suite de son délit ou de son quasi-délit ; elle va être tenue, non en vertu de sa promesse, mais en vertu du principe qui veut que toute faute de l'homme causant un dommage à autrui oblige son auteur à le réparer.

Ainsi complétée par les observations qui viennent d'être présentées, la théorie classique arrive en général à se plier aux besoins de la pratique. Que si parfois elle offre quelque résistance, nos magistrats, Dieu merci! sont habitués à vaincre les difficultés ; et ils savent se tirer d'affaire par quelque biais très ingénieux ; ou, plus simplement, ils recourent à un de ces attendus, comme on en voit parfois dans les jugements, ayant

tout l'appareil extérieur d'un argument puissant, mais en réalité pures assertions déguisées en preuves.

Mais alors, va-t-on dire, si l'on arrive tant bien que mal à des solutions raisonnables avec la théorie classique, pourquoi faire tant d'effort pour chercher autre chose? Les Allemands écrivent des livres entiers contre la « théorie de la volonté »; voilà bien de la pensée et bien de l'encre perdues! — Non pas, protestent-ils : la théorie de la volonté ne rejoint les solutions que veut la pratique que par un chemin compliqué; fictions, présomptions fausses, raisonnements subtils s'y enchevêtrent à plaisir; la conscience, ce guide suprême et divin du juge, y est perpétuellement heurtée, les tribunaux, au lieu d'être guidés par ce système classique, en sont gênés : ils en sont réduits à chercher par intuition les solutions justes, pour les relier ensuite péniblement aux principes soi-disant directeurs de l'Ecole. Bien plus! il y a des questions douteuses que l'on sera incliné à trancher différemment suivant que l'on admettra ou que l'on saura rejeter franchement la théorie de la volonté; il y a d'autres questions encore où, quelque effort qu'on fasse, cette théorie est inconciliable avec les besoins de la pratique. Et puis, à côté des tribunaux, il y a le Parlement; qui sait si les théories fausses que vous admettez aujourd'hui n'y vont pas avoir demain de funestes conséquences? D'une manière générale, une idée fausse qui s'implante dans l'esprit public est un peu comme une maladie dans la période d'incubation : elle paraît inoffensive, et l'on n'y prête aucune attention; mais voici que tout à coup la maladie éclate, je veux dire : l'idée fausse sert de base à d'autres idées fausses, qui engendrent des actes pernicieux; et l'organisme social en souffre, et il en est parfois tout ébranlé.

Passons des assertions aux preuves. Veut-on mesurer la part énorme que fait à la fiction cette doctrine classique qui met à la base du contrat la volonté des parties? Après la théorie générale des obligations, notre Code civil étudie en premier lieu, et avec un soin tout particulier, le contrat de mariage. Prenons-le donc à titre d'exemple : combien y a-t-il de personnes qui, en se mariant, aient une idée nette, je ne dis pas de tous les détails de leur régime matrimonial, mais seulement de ses principales

particularités? Combien de maris administrent la communauté sans savoir seulement quels biens en font partie! Que de gens mariés qui profitent quotidiennement de la théorie du mandat tacite, sans en avoir le moindre soupçon! Et cela non seulement dans les milieux ouvriers ou chez les paysans, mais dans la bourgeoisie, mais même dans ce qu'on appelle les classes éclairées! Les confusions les plus étranges, l'ignorance la plus profonde, règnent à ce sujet dans l'esprit de ceux qui n'ont pas étudié le droit; posez quelques questions autour de vous, et vous verrez quelles réponses étonnantes vous recueillerez. — Et pourtant, d'après la théorie classique, n'est-ce pas la volonté des parties qui est à la base des divers régimes matrimoniaux? Singulière volonté en vérité que celle qui ne se connaît point, à qui il faut, tant elle s'ignore, de longues explications des gens de loi, pour qu'en de certaines circonstances elle prenne vaguement conscience d'elle-même, et qui alors, voyant ce qu'elle est, en demeure profondément étonnée! — Mais, dit l'école classique, nous reconnaissons bien qu'en de pareils cas il n'y a pas de volonté réelle; seulement il y a volonté implicite ou présumée. — J'entends bien; mais c'est justement ce que l'on reproche à la doctrine de la volonté, d'admettre à son principe des tempéraments qui en réalité la contredisent. Pour lui obéir, les juges doivent faire semblant de croire à une foule d'intentions auxquelles ils ne croient pas; à côté d'une quantité infime, — si l'on ose parler ici de quantité, — à côté d'une quantité infime de volonté réelle, ils doivent supposer une quantité énorme de volonté en fait absente : et cette importance donnée à la supposition, c'est précisément le vice de la théorie classique : elle oblige le juge à construire dans son esprit une sorte de monde imaginaire, et à rendre d'après cette image des décisions exécutoires dans le monde réel : procédé compliqué à coup sûr, et peut-être, — nous le verrons plus loin, — procédé dangereux.

Considérons encore ce type spécial de conventions qui prend chaque jour une extension plus grande : le contrat d'*adhésion*; (c'est celui où quelqu'un, individu ou société, fait une offre au public en règlant à lui seul toutes les clauses de la convention; les particuliers sont ainsi obligés d'adhérer au tout sans discus-

sion ou de ne point contracter); voilà par exemple des marchandises qui sont transportées par chemins de fer : l'expéditeur a-t-il réellement voulu toutes les clauses du tarif qu'on lui applique? Non, il les a subies, et il a dû les subir sans discussion. — Mais le ministre qui a homologué le tarif les a discutées pour lui. — Non, car depuis quand le gouvernement est-il chargé de représenter des volontés individuelles? Il ne s'occupe que de l'intérêt général; et la preuve, c'est qu'une compagnie ne pourrait pas être autorisée par lui à consentir un tarif de faveur à un particulier; or concevrait-on qu'un mandataire ne pût pas stipuler un avantage pour son mandant? Du reste considérons les compagnies d'assurance. Ici, point de ministre qu'on puisse considérer comme représentant des volontés individuelles. Or que de courtes prescriptions, que de causes de déchéance de leurs droits imposées aux assurés, et dont ils n'ont pas conscience, et qui les surprennent tout à coup, au point que parfois il faudrait presque s'assurer contre les contrats mêmes d'assurance!

Dans le même ordre d'idées, rappelons un jugement rendu l'an dernier et qu'il semble bien difficile de concilier avec la « théorie de la volonté ». Le 28 octobre 1899, une personne avait retenu deux loges de quatre places chacune pour entendre le soir même *Tristan et Yseult* au Nouveau Théâtre. La buraliste remit les huit billets d'entrée demandés *sous enveloppe*. Or au dos de chacun des coupons figurait la mention suivante : « Le titulaire de ce billet est prévenu que l'entrée et la circulation dans la salle seront rigoureusement interdites pendant la représentation, et cela afin de ne pas troubler l'auditoire. » Celui qui avait pris ces coupons et ses invités arrivèrent en retard, et on refusa de les laisser pénétrer dans la salle avant le premier entr'acte qui ne devait avoir lieu qu'une heure après; et, comme ils protestaient, on leur montra la clause que nous avons citée plus haut; ils ne l'avaient point vue. Ils se retirèrent alors, et la justice fut saisie de l'affaire. Le tribunal de commerce de la Seine, dans son audience du 19 avril 1900, a donné gain de cause à l'administration du théâtre (1). Et pourtant celui qui

(1) V. *le Droit*, 28-29 mai 1900.

avait pris les billets n'était-il pas bien fondé à dire, en s'appuyant sur la théorie classique : « Je n'ai pas pu vouloir la clause en question puisque je n'ai pas pu la connaître; quand j'ai contracté, le fait n'est pas contesté, les billets m'ont été remis sous enveloppe; peu importe que j'aie eu la possibilité de lire la clause ensuite : c'est le moment même de la formation du contrat qu'il faut envisager. Or à ce moment, je n'ai pas été lié par une mention du billet que je ne pouvais matériellement pas connaître. »

Que montrent les exemples qui précèdent? Que la théorie classique, pour se plier aux besoins de la pratique, suppose perpétuellement chez les contractants des intentions sur des points auxquels, en fait, ils n'ont jamais songé. Elle dit au juge de créer fictivement une volonté des parties pour lui obéir ensuite, à peu près comme les païens se fabriquaient des idoles afin de les adorer. — Allons plus loin maintenant : non seulement on oblige le juge à inventer, mais on lui fait souvent inventer des choses invraisemblables; nous allons voir, en effet, que la volonté supposée par lui est souvent contraire à ce qu'aurait été la volonté réelle d'une des deux parties au moins, si elle avait existé.

C'est qu'en effet, dans le contrat, il y a au moins *deux* personnes en présence, et deux personnes dont les intérêts sont généralement opposés. Le vendeur veut céder peu de marchandises contre beaucoup d'argent, l'acheteur peu d'argent contre beaucoup de marchandises. Quand les parties ne se sont pas expliquées sur un point, le juge peut être à peu près certain d'une chose : si, au moment du contrat, elles avaient songé à la difficulté qui est née, elles auraient voulu juste le contraire l'une de l'autre (1). — On voit, à chaque instant, dans les Recueils de

(1) Il est intéressant de remarquer à ce sujet la différence que fait le Code civil allemand entre l'interprétation de la déclaration de volonté unilatérale et celle du contrat. L'art. 133, parlant de la déclaration de volonté unilatérale, recommande d'y rechercher l'intention réelle de son auteur. Mais en matière de contrats, on se trouve en présence de plusieurs personnes, et leurs intentions ont de grandes chances de n'être pas concordantes, aussi l'art. 157, relatif aux conventions, impose-t-il au juge une nouvelle règle, différente de celle de l'art. 133 : ici le juge n'aura plus à rechercher l'intention réelle des parties, mais devra statuer d'après la bonne

jurisprudence, des jugements ou arrêts contenant des assertions dans le genre de celle-ci : « Quand le preneur s'est obligé à nourrir les ouvriers travaillant aux grosses réparations mises à la charge du bailleur, on doit décider que, *d'après la commune intention des parties*, l'obligation du preneur n'existe que pour les réparations qui ont une cause postérieure à l'entrée en jouissance (2). » La commune intention des parties! Mais qui dit qu'il y en ait eu une? Ne serait-il pas plus vraisemblable de supposer qu'elles ont eu des volontés différentes? Pourquoi, dans les procès sur l'interprétation des contrats, présumer toujours que l'un des deux adversaires est de mauvaise foi? N'est-ce pas contraire aux principes du droit qui veulent que la mauvaise foi ne se présume pas? Ne vaudrait-il pas mieux reconnaître franchement que la « commune intention des parties », bien souvent n'a pas existé, et ajouter, d'ailleurs, que son absence ne suffit pas à faire tomber le contrat, parce que l'élément constitutif du contrat, ce n'est pas cette « commune intention des parties » ? Le vrai fondement de l'obligation contractuelle doit être cherché non pas dans un accord de volontés individuelles qui se réalise bien rarement, mais plutôt dans les besoins de la société et du crédit public.

Pour se concilier avec les besoins de la pratique, la théorie classique est obligée d'aller encore plus loin que nous ne l'avons dit jusqu'ici : elle suppose souvent une volonté fictive contraire à une volonté même réelle et clairement manifestée.

Quand un peuple a dépensé beaucoup d'argent et d'efforts, et de vies humaines en défendant l'intégrité de son pays, n'a-t-il pas manifesté, avec toute l'énergie possible, avec tout l'élan du désespoir, sa volonté de garder à la patrie tous ses droits, tout son sol, tous ses enfants? Et quand il est obligé de subir un traité de paix qui consacre un véritable vol de territoire, n'est-il pas manifeste que ce qu'il a voulu, c'est le contraire de l'état des choses établi par ce traité? Et, pourtant, ce traité est bien un contrat. Soutenir qu'un tel contrat repose sur la volonté, nier qu'il soit basé exclusivement sur une nécessité pratique, autant

foi et les usages. (Cf. le nouvel ouvrage de M. Saleilles, *La déclaration de volonté dans le nouveau Code civil allemand*, p. 227 et 228.)

(2) *Pand. franç.*, *Bail*, n° 1197.

vaut dire que l'homme à qui l'on demande la bourse ou la vie, donne volontairement sa bourse et passe un contrat valable.

Mais, dira-ton, un traité international, c'est quelque chose de si particulier! On ne peut pas partir de là pour raisonner sur les contrats du droit privé. — Eh bien! soit; rentrons dans le domaine du droit privé; est-ce que nous n'y retrouvons pas là aussi la guerre, et des traités de paix? Les noms, il est vrai, sont différents; ici on parle, par exemple, de luttes de classes, et de grèves, et de conventions de reprise du travail; mais qu'importent les noms, si les choses sont les mêmes? Or, dans de telles conventions, que ce soit l'ouvrier ou le patron qui l'emporte, celui qui cède ne cède qu'à la contrainte, à cet instinct impérieux qui nous empêche de mourir de besoins inassouvis. Considérons, par exemple, la grande grève qui a sévi au commencement de cette année, à Calais, dans l'industrie des tulles; quand est-ce que les ouvriers ont cédé? Quand ils ont eu épuisé les ressources de leur syndicat, et les subsides que leur avaient envoyés les Trade-Unions anglaises; alors, contraints par la nécessité de vivre, ils ont repris le travail à des conditions contre lesquelles ils protestaient depuis trois mois. La convention qui fut passée alors était-elle valable? Certainement oui. Reposait-elle sur *la volonté* libre des parties? Certainement non. Elle reposait sur des besoins pratiques; il faut bien que toute grève ait une fin, et que chacune des parties puisse se fier à la convention qui constate cette fin. Ainsi la base du contrat n'est pas dans des volontés individuelles libres : elle est dans une nécessité sociale.

On objecte que la contrainte morale n'abolit pas toute volonté. — J'entends bien : les ouvriers dont nous parlions tout à l'heure auraient pu, à la rigueur, ne pas céder et préférer mourir de faim. Mais qu'est-ce qu'une volonté, qui n'a le choix qu'entre deux lignes de conduite, dont l'une mène à la mort?

Et, du reste, considérons une dernière hypothèse : celle de la vente sur saisie. Personne, à notre connaissance, ne l'a jamais rangée dans les quasi-contrats; elle est un véritable contrat comme toute autre vente. Or, d'où vient que l'on reconnaît à l'acheteur d'un bien saisi, des droits contractuels? Ce n'est pas, à coup sûr, la volonté de son vendeur, le débiteur saisi, qui les lui

a donnés, ni celle des créanciers saisissants, puisqu'on n'a pas le droit de vendre la chose d'autrui; non, c'est toujours une nécessité pratique : *il faut*, pour des raisons de crédit social, que l'acheteur d'un bien saisi soit muni d'un droit ferme sur l'objet qu'il acquiert; cela résulte non d'un « je veux », mais d'un « il faut »; non des volontés des individus, mais des besoins de la collectivité.

Nous croyons avoir établi, dans tout ce qui précède que le contrat naît bien souvent en dehors de l'accord des volontés, et que la théorie classique ne se soutient qu'à l'aide d'un appel perpétuel à la fiction. Faisons la contre-épreuve et nous allons voir que l'accord des volontés est impuissant par lui-même à faire naître le contrat. A un même moment, supposons-le, Paul voudrait échanger sa maison contre celle de Pierre, et Pierre la sienne contre celle de Paul; tant que ces deux volontés resteront muettes, le contrat ne naîtra point, personne ne le conteste. Et peu importerait que cet accord, qui s'est ignoré, fût quelque jour prouvé par l'aveu des parties. Pas plus que l'homme ici-bas ne peut vivre à l'état de pur esprit, d'âme dépourvue de corps, le contrat ne peut exister sans quelque chose de matériel, qui ne sert pas seulement à le manifester, mais qui est une partie de lui-même. Ainsi, malgré les efforts de tant de commentateurs, malgré les fictions et les présomptions qu'ils ont accumulées pour maintenir l'union étroite de la volonté et du contrat, il nous paraît impossible de nier une sorte de divorce entre eux. Et voilà en quel sens on peut dire que la théorie classique est fausse.

Et voilà aussi pourquoi on peut dire que, loin de servir de guide à l'interprète, elle le gêne, elle l'oblige à un effort constant pour justifier, d'après des principes inexacts, des solutions qui s'imposent. Elle est au juge comme serait au marin une carte erronée; le marin, au lieu de se conduire d'après cette carte, la corrigerait et se réglerait sur les étoiles. Pour le juge, les étoiles, ce sont le sentiment des besoins sociaux, et les ordres de sa conscience.

Et qu'on ne s'imagine pas que la fausseté de la théorie classique, si elle est réelle, est intéressante à relever seulement à un point de vue purement spéculatif, ou que l'intérêt de la question

est simplement éventuel. Nous allons voir qu'on en peut tirer des conclusions pratiques, et quant à la validité des conventions, et quant à leur interprétation.

Quant à leur validité d'abord : supposons une convention viciée par un malentendu qui résulte de la faute d'un des contractants : par exemple un Allemand voyage en France ; en faisant un achat il confond les valeurs du franc et du marc. Théorie classique : le contrat est nul, et le coupable doit des dommages intérêts délictuels au vendeur. Qu'on s'inspire davantage de l'utilité sociale, et l'on dira : celui qui conclut un marché sans avoir rien à se reprocher doit pouvoir compter sur la validité de ce marché, et non pas seulement sur des dommages-intérêts qui en fait sont fort difficiles à mesurer, et se trouvent bien rarement juste adéquats au préjudice causé. Notre vendeur de tout à l'heure a droit à l'exécution du contrat ; conséquences : la propriété a été transférée ; les risques sont déplacés ; est valable une saisie pratiquée depuis le contrat entre les mains de l'acquéreur, ou une cession qu'il aurait faite à un tiers. Tout cela, est-ce que ce ne sont pas des considérations pratiques ? — Supposons maintenant que l'objet de la convention soit, non un transfert de propriété, mais un fait. Par exemple on commande à un peintre un tableau, et par inadvertance, il se méprend sur le prix qu'on lui offre ; le malentendu se découvre, et le peintre refuse de s'exécuter. Théorie classique : le contrat est nul, et le peintre doit des dommages-intérêts délictuels. Mais une théorie qui attacherait plus d'importance à l'idée de crédit social, déclarera ici encore le contrat valable. La différenee, objectera-t-on, n'est qu'apparente : si le peintre refuse de tenir sa promesse, il sera condamné comme tout à l'heure à des dommages-intérêts équivalents au préjudice qu'il a causé. Il est vrai qu'on les appellera alors « contractuels », et non plus « délictuels » : simple différence de mots, qui ne doit pas tromper sur l'identité des choses. — Mais raisonner ainsi, c'est oublier la pratique jurisprudentielle des astreintes. Pour réparer les conséquences d'un délit passé, on ne peut être condamné qu'à une somme fixe. Quand on se dérobe à une obligation contractuelle de faire, on peut être condamné à payer tant par jour de retard ; on peut se trouver

ainsi pratiquement contraint de s'exécuter. — Ainsi donc, se prononcer pour ou contre la théorie classique, décider sur quoi repose essentiellement le contrat, c'est réellement, et non pas seulement en apparence, attribuer ou retirer bien souvent à la convention son existence.

Et si maintenant il s'agit d'*interpréter une convention valable*, qui ne voit qu'ici encore la différence des principes va entraîner la différence des conséquences? La théorie classique commandera au juge de pénétrer de son mieux les intentions les plus secrètes des parties, et de s'en inspirer. Des théories qui rompraient plus ouvertement avec le respect de la volonté réelle pourront ne donner d'effet à une intention qu'autant que les intéressés auront été à même de la connaître : le juge alors se règlera non sur ce que lui, juge, sait au moment du procès, mais sur ce que les particuliers ont pu savoir au moment du contrat.

J'ajoute que la théorie classique devrait, ce me semble, conduire ses partisans à dire : sauf le cas d'une violation des règles relatives à la preuve, la Cour de cassation n'a aucun pouvoir de contrôle en matière d'interprétation des conventions. L'élément essentiel du contrat est un fait purement intérieur, c'est au juge du fond seul qu'il appartient d'en connaître. Quel article de loi pourrait-il violer en effet en déclarant qu'à tel moment Paul a eu telle volonté, ou Pierre telle intention? Ah! sans doute il y a quelques présomptions irréfragables de la loi qu'il doit respecter; par exemple, notre article 1341. Soit, mais il n'y aura toujours là qu'un champ très restreint laissé au contrôle de la Cour de cassation. Hors de là le juge du fond sera libre; il pourra affirmer que l'intention des parties a été juste le contraire de ce qu'exprimaient leurs paroles, ou, en matière commerciale, leurs écrits. La Cour de cassation s'est autrefois contentée du rôle modeste que nous venons d'indiquer, et si la théorie classique du contrat est exacte, elle a, croyons-nous, le devoir d'y revenir.

Si, au contraire, avec d'autres théories que nous allons bientôt exposer, on admet que, dans un contrat, un texte clair est non pas seulement un instrument de preuve, mais l'élément constitutif du contrat, alors la Cour suprême peut casser un jugement qui, après avoir rappelé la lettre du contrat, la viole. Alors en effet les

juges du fond ne peuvent plus dire : « Nous avons été déterminés par des circonstances extérieures au texte mentionné et que nous seuls avions les moyens d'apprécier » ; leur jugement se trouve contenir une sorte de contradiction interne, une véritable violation des principes juridiques ; et il doit être cassé (1).

Nous venons de voir dans les pages qui précèdent l'intérêt théorique et pratique qu'il y a à garder ou à rejeter la théorie classique qui fait reposer uniquement le contrat sur la volonté des parties. Il nous faut maintenant préciser la théorie qu'on lui oppose.

C'est dans la seconde moitié du dix-neuvième siècle que les jurisconsultes allemands ont commencé à creuser notre problème. La plupart des commentateurs de Pandectes de cette période, Windscheid, Dernburg, Regelsberger, et avec eux Bekker, Ihering, Bechmann, Bülow, Danz, d'autres encore, ont soumis à une sévère critique la « théorie de la volonté », et lui ont opposé sous des formes légèrement divergeantes la « théorie de la déclaration de volonté ». En France, c'est, croyons-nous, M. Saleilles qui, le premier, l'a fait connaître (2).

Ces savants auteurs ont d'abord distingué la volonté qui reste purement intérieure, de la volonté déclarée. La volonté déclarée, c'est celle qui a été rendue connaissable aux tiers par un moyen quelconque, par n'importe quelle attitude, fût-ce par le silence : car, dans certains cas, le silence même est une parole (3). On a estimé que la volonté déclarée au contractant a seule une existence juridique, et seule peut inspirer le juge.

Puis on s'est aperçu que lorsqu'une personne fait une déclaration en vue d'un contrat, il faut soigneusement distinguer sa volonté de faire cette déclaration, et sa volonté d'obtenir ainsi un

(1) La Cour de cassation actuellement casse les jugements qui refusent d'appliquer le texte d'un contrat quand il est clair, alors même qu'ils ne violeraient aucune présomption légale. Cette jurisprudence nous paraît inconciliable avec la théorie classique du contrat.

(2) V. Saleilles, *La déclaration de volonté dans le nouveau Code civil allemand*.

(3) Cf. l'étude de M. le professeur Graffa, *Il silenzio nella conclusione dei condratti* (dans *Giurisprudenza italiana*, ann. 1828).

certain résultat juridique. Pour bien saisir la différence, considérons par exemple quelqu'un qui passe un contrat de mariage; c'est, en général, tout à fait volontairement qu'il apposera sa signature au contrat, qu'il fera cette « déclaration de volonté »; par contre, il sera assez rare qu'il ait vu bien nettement tous les résultats juridiques de son acte; encore moins les aura-t-il voulus. Ainsi, comme disent les Allemands dans leur langage abstrait, il faut distinguer la volonté de la déclaration et la volonté de l'effet. Ceux d'entre eux qui ne veulent pas s'écarter trop de la théorie classique fondent le contrat sur cette double volonté : ils les requièrent toutes deux, au moins en principe; d'autres, plus hardis, veulent débarrasser la notion du contrat de toute consiration tirée de la volonté de l'effet. Pour eux, la seule base de tout pacte, ce sont des *déclarations volontaires*.

Si l'on voulait descendre dans tout le détail des formules et des systèmes proposés, en respectant toutes les nuances, le labeur serait infini et infécond. L'esprit oublierait chaque idée au fur et à mesure, et il se trouverait à la fin comme quelqu'un qui sort d'une grande forêt, et qui ne se rappelle plus individuellement aucun des arbres de la forêt. Nous allons plutôt analyser dans son ensemble la théorie la plus radicale, la plus opposée à l'opinion classique, je veux dire celle de O. Bülow dans son livre sur l'aveu (1). Et elle nous servira de théorie-type de la déclaration de volonté.

Pour Bülow, ce qui doit guider avant tout le législateur et le juge quand ils apprécient la validité ou le sens d'un contrat, c'est l'idée de l'utilité sociale. Quand ils doivent tenir compte de la volonté des parties (cela arrive non pas toujours, mais assez souvent), ce n'est pas, dit Bülow, en vertu d'un soi-disant principe général d'après lequel la volonté aurait une force obligatoire (2); non, ils doivent y être amenés par la recherche de ce qui est le plus utile et le plus juste, *das Zweckmässigste*, *das dem Zweck im Recht Entsprechende...*, *das Gerechteste*. Voilà pourquoi on devra, par exemple, interpréter plus strictement un

(1) Bülow, *Das Geständnissrecht*, p. 106 et suiv.

(2) Ce principe de l'école classique commence à être désigné assez souvent sous le nom de : principe de l'*autonomie de la volonté*.

contrat basé sur l'intérêt qu'une libéralité, et traiter plus sévèrement une conduite déloyale qu'un malentendu excusable.

Précisons, en nous inspirant du principe que nous venons de poser, quel est l'élément constitutif du contrat? Ce n'est pas la simple coïncidence de deux volontés intérieures, c'est-à-dire de deux faits individuels : c'est la coïncidence de deux déclarations de volonté, c'est-à-dire de deux faits sociaux, de deux faits qui sont chacun connaissables pour tout le monde, et qui, par suite, ont chance, quand on les invoquera, de ne surprendre personne. Peu importe qu'après coup un déclarant prouve qu'en contractant, il a eu quelque intention secrète, ou qu'il a omis telle chose « qu'il avait sur le bout de la langue », cette intention qui ne s'est pas manifestée à temps, qui ne s'est pas, par un acte sensible, en quelque sorte socialisée, socialement n'existe pas; elle ne peut pas venir ébranler le crédit public; elle ne peut pas faire sacrifier aux désirs d'un seul la sécurité de tous.

Et même, plus exactement, ce qui est à la base du contrat, ce sont moins des « déclarations de volonté » à proprement parler que des « déclarations d'engagement ». J'achète un objet : ce qui est important, ce n'est pas que j'affirme : je veux cet objet; ceci ne regarde que moi seul; ce qui est important, c'est que je dise : je paierai cet objet. Qu'une personne déclare s'engager envers une autre, voilà l'essentiel dans le contrat. Sans doute, on ne s'engage généralement à quelque chose que pour atteindre un certain but, et parce qu'on veut l'atteindre. Mais cette volonté est un fait antérieur au contrat; elle n'en est pas un élément constitutif, pas plus que, dans la théorie classique, les motifs d'une convention ne sont une partie de cette convention.

Est-ce à dire que, en notre matière, la volonté n'a aucun rôle à jouer? Non certes. Tout ce que soutient Bülow, c'est qu'il n'y a pas besoin qu'une personne passant un contrat veuille les conséquences juridiques de ce contrat. Mais sa déclaration même, parole, geste ou écrit, cette déclaration doit être volontaire. Une réserve mentale n'annule pas une convention, parce qu'elle n'empêche pas la déclaration d'être volontaire; mais un contrat passé par un fou, ou par quelqu'un d'hypnotisé, sont nuls, parce qu'alors on ne peut plus dire que la déclaration soit voulue. *Le*

fondement de toute convention doit être une déclaration volontaire. L'utilité sociale elle-même demande que l'on fasse cette concession à la volonté individuelle, et il ne faut pas oublier qu'en somme, la société est une réunion d'individus.

Et maintenant, en présence d'une déclaration valable, comment devra-t-on l'interpréter? D'après le sens commun. Car une déclaration ne mérite vraiment ce nom que si on lui attribue son sens normal, le sens que lui donnerait non pas un Chicaneau ou un maître Guérin, mais tout honnête homme ayant une instruction et une intelligence moyennes. Déclarer, l'étymologie l'indique, c'est rendre clair, non obscurcir. Une déclaration de nature à tromper le public ne serait plus une garantie sociale, mais une cause de trouble. Elle ne vaudrait pas mieux que le silence; que dis-je, elle serait pire. Le juge devra donc, en présence d'une convention, se figurer un homme ayant des qualités intellectuelles et morales ordinaires, et qu'il prendra comme type, une sorte de personnification de tout le monde; et c'est cet être imaginaire, qu'il aura fait vivre en lui-même, qui lui dictera sa décision.

Et si cet homme-type lui en dicte plusieurs? Si la formule est ambiguë? Quelle interprétation choisir? Ce sera le cas justement de se tourner vers cette idole de la théorie classique, cette intention des parties, que nous semblions tout à l'heure fouler aux pieds. On s'inspirera de la volonté commune des contractants, si toutefois une telle volonté a existé. Et si elle n'a pas existé? Eh bien, on en reviendra aux notions très générales d'où nous sommes partis, à ces notions qui sont, ou au moins doivent être, la base de tout le vaste édifice du droit, je veux dire les notions de l'utile et du juste.

Ces deux notions sont tellement fondamentales, que tous les principes de détail que nous venons de poser doivent fléchir chaque fois que, dans un cas particulier, ils risquent de se trouver en conflit avec elles. On rendra à la volonté son autorité chaque fois que les besoins de la pratique le voudront. Cela veut-il dire qu'alors elle pourra jamais redevenir l'élément constitutif du contrat? Nullement; la théorie classique tient parfois compte des motifs d'un acte juridique pour le déclarer nul ou valable, et

pourtant personne n'a jamais soutenu que le motif fît pour cela partie de l'acte même. Pareillement, dit Bülow, dans notre doctrine, la volonté pourra accidentellement venir modifier les effets de la convention ; il n'en reste pas moins que, nous le répétons une dernière fois, la volonté de conclure une affaire n'est pas une partie de la convention ; « elle n'est qu'une phase passagère au cours de la formation du contrat ».

Telle est la théorie nouvelle, sous la forme particulière que lui donne Bülow. Mais, nouvelle, l'est-elle véritablement? N'est-elle pas plutôt comme un écho des vieilles théories du droit romain primitif? Sans doute, il n'est plus question ici de formalisme ; sans doute, la déclaration de volonté n'a plus besoin de se faire à l'aide de mots déterminés, de gestes réglés à l'avance ; mais c'est elle qui redevient l'élément constitutif du contrat, et, par conséquent, la doctrine nouvelle est moins un saut dans l'inconnu qu'un retour vers le passé, une sorte de copie des législations d'autrefois, non pas une copie inintelligente, répétant maladroitement jusqu'aux fautes de l'original, mais une copie qui corrige le modèle et le reproduit amélioré de plus de vingt siècles d'expérience.

La théorie nouvelle permet de comprendre comment nous avons si souvent vu naître le contrat, en dehors de toute volonté réelle de ses conséquences ; elle explique comment l'erreur d'une des parties sur les résultats de sa déclaration n'annule pas nécessairement cette déclaration ; elle explique comment le juge devra tenir compte, avant tout, des termes du contrat.

Tout cela, elle l'explique, pense Bülow. Mais, n'y a-t-il pas, dans cette confiance, une part d'illusion? Sa doctrine ne diffère-t-elle pas de la doctrine classique, surtout en apparence, et à condition de rester un peu dans le vague? Quant à nous, nous ne croyons pas que la solution véritable du problème qui nous occupe ait encore été donnée ; et nous allons tâcher de montrer que la théorie de la déclaration de volonté, quand on prend soin de la préciser, finit par ressembler singulièrement à sa rivale, et par succomber sous le poids de ces arguments mêmes qui semblaient d'abord son plus ferme soutien.

Qu'est-ce, au juste, qu'une « déclaration volontaire d'engagement? » Je suppose qu'au moment où mon regard était dirigé

vers un fiacre passant dans la rue, j'aie subitement levé le bras pour me garantir contre l'éclat du soleil. Le cocher du fiacre s'imagine que je lui fais signe et que je le retiens. Et, de fait, j'ai eu une attitude tout à fait propre à le faire croire. Dira-t-on que je suis lié et que j'ai fait une « déclaration volontaire d'engagement »? Évidemment non. Pourquoi cela? N'ai-je pas voulu chacun des gestes qui ont fait croire au cocher que je le retenais? Oui; mais, dira Bülow, vous ne les avez pas voulus en tant que constitutifs d'une déclaration. Pour qu'on puisse parler d'une déclaration volontaire, il faut qu'on ait voulu non seulement chaque geste significatif pris isolément et dans ce qu'il a de purement matériel, mais encore l'ensemble des gestes de la déclaration avec le sens que l'on y prétend voir. — Autre exemple, qui nous est inspiré par la lecture d'un passage du nouveau livre d'Isay, *Die Willenserklærung im Thatbestande des Rechtsgeschæfts.* En Allemagne, dans certaines ventes de vin aux enchères, les concurrents sont assis à une grande table, et pour surenchérir de 100 marcs, il leur suffit de lever la main. Si tout à coup l'un d'eux, pendant la vente, aperçoit un ami dans la salle et lève la main pour lui faire signe, cela vaudra-t-il surenchère? Pourra-t-on dire qu'il a fait une déclaration volontaire d'engagement? Naturellement non. Une déclaration n'est volontaire que si, en la faisant, on sait qu'on déclare quelque chose.

Et aussi, ajoutons-le, si l'on sait ce que l'on déclare. Vous me proposez une vente; je comprends qu'il s'agit d'un bail et je fais un signe d'assentiment; pourra-t-on dire que j'aie volontairement déclaré accepter la vente? Mais ce serait un abus de langage manifeste. J'aperçois dans un bazar un homme vivant, immobile, que je prends pour un mannequin; je demande à acquérir ce personnage; dira-t-on que j'ai volontairement déclaré l'intention d'acheter une personne animée? Voici un autre cas qui paraîtra plus douteux à beaucoup de jurisconsultes, et qui, à nos yeux, est absolument semblable aux précédents : je découvre chez un marchand un tableau que je crois être une copie d'un Téniers, et je déclare le prendre; j'en demande le prix; le marchand m'apprend alors que c'est un Téniers authentique, et le prix qu'il en exige se trouve en disproportion avec mes moyens. Peut-on dire

que j'avais déclaré volontairement m'engager à payer le prix de ce Téniers? Il ne le semble pas. — Nous arrivons donc à cette formule qui répond à notre question de tout à l'heure :

Une déclaration volontaire d'engagement, c'est un certain ensemble des gestes volontaires, accompagnés de ce fait que nous savons déclarer quelque chose, et aussi que nous savons exactement ce que nous déclarons. Autrement, notre déclaration serait dans une large mesure inconsciente, et dans cette même mesure elle ne serait pas volontaire.

Mais si c'est une telle déclaration qui est le fondement du contrat, — et il ne nous paraît pas possible de comprendre autrement la théorie de la déclaration de volonté, — nous voilà revenus tout près de la doctrine classique. Sans doute, on pourra trouver quelques cas théoriques, notamment celui de la réserve mentale, à propos duquel elles différeront. Mais le reste du temps elles coïncideront, et elles seront en butte aux mêmes difficultés. Toutes deux exigent pratiquement que chaque contractant ait une exacte connaissance de l'état d'esprit de son cocontractant : exigence dangereuse pour le crédit social; toutes deux, d'après ce que nous venons de dire, exigent ou devraient logiquement exiger qu'en passant un contrat de mariage ou d'hypothèque, chacun sût au juste à quoi il s'engage; toutes deux devraient considérer comme nulle la convention qui met fin à une guerre ou à une grève, car la déclaration qui leur sert de base n'est pas libre, donc involontaire. Toutes deux... Mais à quoi bon répéter des choses déjà dites, et rappeler des difficultés pour constater que nous n'en avons pas encore trouvé la solution?

Est-ce à dire qu'il n'y ait rien à retenir de tout cet effort qu'ont fait les Allemands, dans ces derniers temps, pour substituer à la doctrine classique une doctrine plus juste? N'en peut-on retirer qu'une leçon de découragement et de scepticisme? Il s'en faut de beaucoup. En cherchant à diminuer l'importance de la volonté individuelle dans le contrat, en insistant sur les besoins du crédit social et de l'intérêt général en notre matière, ils ont montré la voie dans laquelle il faut s'engager pour arriver à une notion du contrat plus juste, plus conforme aux faits, plus capable de guider le juge au lieu de le gêner.

Cette notion, qu'ils ne nous paraissent avoir qu'entrevue, nous ne chercherons pas à la dégager ici; notre intention est moins, dans ces pages, de construire un système personnel, que de rendre compte de tout un mouvement d'idées intéressant. Si, en lisant la partie de ce travail qui précède, on a pu se convaincre qu'il y a, à propos du rôle de la volonté dans le contrat, un problème grave et difficile qui se pose, je dirai même qui s'impose, et qui attend sa solution, et si l'on s'est convaincu qu'il n'y a pas là rien que des questions de mots, mais des conflits d'idées, de principes qui ont une haute valeur juridique et sociale, nous aurons rempli la tâche que nous nous étions assignée dans cette partie de notre étude. Nous allons maintenant supposer le précédent problème résolu; nous allons supposer que l'élément constitutif du contrat, quel qu'il soit, a existé; que le contrat est valable, et nous allons étudier son effet.

(*A suivre.*) GEORGES DEREUX.

DE L'ART. 22 DE LA LOI DU 5 JUIN 1850 SUR LE TIMBRE PAR ABONNEMENT DES ACTIONS DE SOCIÉTÉS; SON INTERPRÉTATION, SA NULLITÉ

Par M. Emile LE DUC.

« Ce n'est point savoir les lois que
« d'en connaître les termes; il faut en
« approfondir l'esprit et l'étendue. »
(CELSE, livre XVII.)

Les cas sont rares, fort heureusement, où par la faute de nos Assemblées législatives, un moment oublieuses des prescriptions de leur règlement et même des exigences constitutionnelles de l'époque à laquelle elles légiféraient, telles de leurs dispositions accessoires, cependant appliquées avec une véritable rigueur par le pouvoir judiciaire, ont été introduites irrégulièrement dans ces dispositions principales qui les contiennent; de telle sorte que les dispositions accessoires s'en trouvent toutes viciées, qu'elles sont entachées de la nullité la plus complète, la plus certaine, la plus évidente.

Ces cas sont rares, disons-nous; peut-être le nombre en est-il restreint au seul cas que nous connaissions et que l'on nous pardonnera, dès lors, d'exposer et d'analyser ici un peu longuement.

C'est qu'en effet, par la place singulièrement limitée que lui a assignée le législateur dans ses préoccupations du moment, par les circonstances toutes particulières qui en ont accompagné l'introduction dans la disposition principale qui la contient, enfin, par les conséquences fiscales qu'elle a eues, qu'elle a encore pour les Sociétés visées par elle, la disposition accessoire que nous avons en vue mérite d'arrêter très sérieusement l'attention et du monde des affaires qui en est depuis cinquante ans la victime, et du monde juridique devant lequel va se poser, on va le voir, la plus haute question fiscale qui se soit, peut-être, jamais imposée à son examen.

Nous voulons parler de la disposition accessoire que constitue dans la loi du 5 juin 1850, sur le timbre des actions de Sociétés, 'art. 22, spécial à la faculté bien connue de l'abonnement, et aux termes duquel : « Les Sociétés et Compagnies pourront « *s'affranchir* des obligations imposées par les art. 14 et 20, en « contractant, avec l'Etat, un abonnement *pour toute la durée* « *de la Société*. Ce droit sera annuel et de 0,05 0/0 du capital « nominal de chaque action émise. »

Cette disposition, d'ordre évidemment accessoire, a été introduite dans la loi de 1850, par l'Assemblée nationale, au mépris des prescriptions, cependant formelles, et de son règlement intérieur du 6 juillet 1849, art. 64, et de la constitution même du 4 novembre 1848, art. 41.

Comme telle, la dite disposition de l'art. 22 de la loi du 5 juin 1850 est inconstitutionnelle et est entachée, dès lors, malgré ses cinquante années d'une application inconstestée, d'une nullité certaine, évidente, manifeste, qui s'étend à tous les contrats d'abonnement que les Sociétés intéressées, sur la foi de la pleine validité de la disposition précitée, ont cru devoir conclure avec l'Etat dans les conditions de l'art. incriminé. Ces contrats d'abonnement empruntent, en effet, à la nullité de cet article, le caractère de contrats « nés sans cause ou sur une fausse cause »;

par suite, ils ne sauraient avoir d'effet aux termes de l'art. 1131 du Code Civil.

Par suite encore et pour le même défaut de cause juridique, sont nuls, eux aussi, les paiements d'annuités que se sont engagés à faire dans les caisses de l'Etat, en vertu de ces contrats d'abonnement et pendant toute la durée de leur pacte social, les Sociétés et Compagnies qui les ont si hâtivement conclus.

Nous ferons connaître plus loin, en détail, les circonstances de fait, au milieu et à la suite desquelles s'est effectuée cette introduction, dans la loi de 1850, de la disposition inconstitutionnelle qui nous occupe.

Plusieurs de nos Assemblées législatives, depuis celle de 1850 à la légèreté de laquelle (surtout de son Président) est due cette introduction, notamment les Assemblées de 1857 et de 1872 se sont d'ailleurs référées à notre disposition, à l'occasion de l'élaboration de leurs lois du 23 juin 1857 et 30 mars 1872; la deuxième, celle de 1872, en a même fait la base, le fondement de sa propre disposition relative au double décime dont se trouve frappé, depuis lors, le droit principal du timbre d'abonnement (art. 3 de la loi du 30 mars. 1872).

De là, pour certains esprits, à conclure que ces Assemblées se sont en quelque sorte appropriées notre disposition inconstitutionnelle et l'ont relevée dans une certaine mesure, suffisante à leurs yeux, de la nullité qui l'entraînait primitivement du chef de son inconstitutionnalité, il n'y a qu'un pas qu'ils auront, sans doute, déjà franchi.

Mais d'autres, nous l'espérons, et de plus nombreux se rappelleront que l'on ne saurait faire de rien quelque chose, et que, dès lors, les Assemblées de 1857 et 1872 n'ont pu donner, par rétroactivité et sans aucun débat sur le fond, une valeur légale, constitutionnelle à ce qui n'en avait pas primitivement.

Spécialement, les actes législatifs que ces assemblées ont pu accomplir sur la base d'autres actes législatifs, émanés d'une précédente Assemblée, et sur la foi de leur pleine validité, ne peuvent valoir, semble-t-il, que ce que valent eux-mêmes, en droit public et constitutionnel, ces derniers actes, bases et fondements des premiers.

Quoi qu'il en soit, et en attendant que se posent d'une manière effective, devant les juges suprêmes, toutes ces questions d'un si haut intérêt juridique, en attendant que nous en fassions nous-même juge le lecteur, par l'exposé que l'on trouvera plus loin, des conditions dans lesquelles notre art. 22 a été introduit dans la loi du 5 juin 1850, nous demandons à continuer notre examen dudit article en nous plaçant à un autre point de vue; au point de vue non moins intéressant de l'application qui en a été faite dans le cours de ces cinquante années, application toujours la même, toujours basée sur une interprétation strictement, étroitement littérale, de ces mots « pour toute la durée de la Société » qui en font, selon nous, toute la difficulté.

Ce point de vue nouveau n'est pas moins fécond que le premier, on le verra, en difficultés juridiques ardues, pour chacune desquelles nous proposerons au lecteur la meilleure solution qu'elle nous ait paru comporter.

L'art. 22 dont s'agit permet, on le sait, aux sociétés ou compagnies de *s'affranchir* des obligations imposées par les art. 14 et 20, à la condition de contracter avec l'Etat, *pour toute la durée* de la Société, un abonnement au taux annuel de 0,05 0/0.

Ce droit, appliqué à un titre d'une valeur nominale de 500 francs, correspond à une somme annuelle de 0 fr. 25 par titre, laquelle somme, payée pendant toute la durée d'une Société de quatre-vingt-dix-neuf ans, correspond elle-même à un droit total de 24 fr. 75.

Or, si l'on se reporte aux seules obligations de l'art. 14 qui nous intéressent, car les autres, celles de l'art. 20, pèsent seulement sur les actions, en nombre restreint d'ailleurs, que les Sociétés ont pu émettre antérieurement au 1er janvier 1851, on voit, § 1, que ces obligations de l'art. 14 se réduisent « pour « chaque titre ou certificat d'action... émis à partir du 1er jan- « vier 1851 » au paiement de « un timbre proportionnel de... « 1 0/0 pour les Sociétés dont la durée excédera dix années »; ce droit, appliqué à un titre d'une valeur nominale de 500 francs, correspond, à son tour, à un droit total de 5 francs par titre. Mais ce droit, d'après le contexte de l'art. 14, est payable une fois pour toutes, quelle que soit la durée de la Société.

C'est le droit dit au comptant.

Et, bien qu'aux termes du § 3 du même art. 14, « l'avance « doive en être faite par les Compagnies, quels que soient les « statuts », la question n'est pas douteuse de savoir à partir de quel moment le droit est dû et, dès lors, le paiement doit en être fait : « Chaque titre *émis* », dit l'art. 14. C'est donc à partir de l'émission juridique et seulement celle-ci réalisée, c'est-à-dire à partir de la souscription du titre, inévitablement suivie du versement de tout ou partie de son montant, que le droit est dû et que le paiement doit en être fait.

Le mot « avance », dans la citation qui précède, n'évoque pas l'idée d'un paiement anticipé du droit, antérieure à toute émission et à tout encaissement du montant des titres souscrits; il évoque l'idée d'un paiement du droit antérieur au remboursement que, dans la pensée du législateur, chaque actionnaire peut être tenu d'en effectuer dans la caisse commune, par un article des statuts.

De ce qui précède, il résulte jusqu'à l'évidence que l'impossibilité matérielle n'existe pas pour la Société émettante de payer, dès le moment de l'émission, le droit de 1 0/0 ou de 5 francs par titre fixé par l'art. 14.

La nécessité de l'abonnement ne s'impose donc à elle ni en fait, ni en droit.

Et, dès lors, en présence de ces chiffres : 24 fr. 75 d'une part et 5 francs de l'autre; en présence surtout de l'énorme différence qui en résulte et à laquelle aboutit finalément, pour une Société d'une durée de quatre-vingt-dix-neuf années, la prétendue faculté de *s'affranchir* des obligations imposées aux art. 14 et 20 que lui accorde l'art. 22, l'esprit quelque peu étonné du jurisconsulte n'hésite plus à reconnaître qu'une très haute question de droit fiscal s'impose à lui, dont il ne trouvera vraisemblablement la solution que dans un examen minutieux, approfondi de la loi.

Cette question est celle de savoir ce qu'a voulu dire le législateur de 1850, le résultat qu'il a voulu atteindre par ces mots de l'art. 22 « pour toute la durée de la société » qui y sont inscrits à la suite de la faculté de l'abonnement, et qui doivent à l'interprétation exclusivement littérale dont ils sont l'objet depuis leur origine, de faire toute l'aggravation dudit article.

La dite question, intéressante entre toutes à élucider en *droit*, ne l'est pas moins à examiner en *fait;* on peut même dire que son importance n'apparaît bien et dans toute son étendue, que lorsque l'on s'est rendu compte, au préalable, des conséquences qu'a eues et qu'entraînera longtemps encore pour la multitude des sociétés qui l'ont adoptées, la combinaison de l'art. 22.

Ces conséquences sont faciles à déterminer pour celles, du moins, de nos grandes Sociétés financières et industrielles que leur extrême importance, bien connue de tous, place au premier rang :

D'une part, six grandes Compagnies de chemins de fer, toutes d'une durée de quatre-vingt-dix-neuf ans, et avec un total de plus de 3 millions d'actions d'une valeur nominale, chacune, de 500 francs; d'autre part, plus de vingt grandes Sociétés industrielles ou de crédit, d'une même durée de quatre-vingt dix-neuf ans, et avec un total de plus de 2 millions d'actions de la même valeur nominale de 500 francs, se sont engagées, par l'ensemble de leurs contrats d'abonnement, à payer à l'État, pendant ces quatre-vingt dix-neuf années, les sommes globales suivantes :

75 millions, les six grandes Compagnies de chemins de fer, et 50 millions, les vingt grandes Sociétés financières et industrielles.

Or, les obligations à elles imposées par les art. 14 et 20 se limitaient au paiement *une fois pour toutes* de : 15 millions par les premières et 10 millions par les secondes.

Il en résulte que pour *s'affranchir*, à leur origine, de l'obligation de payer une fois pour toutes ces dernières sommes, lesdites Compagnies et Sociétés se seront bénévolement surimposées de sommes qui, à l'expiration de leurs pactes sociaux, ne seront pas inférieures à 60 millions pour les premières et à 40 millions pour les secondes.

Dans ces chiffres, nous ne comprenons ni le double décime, ou 0,06 0/0, dont se trouve augmenté le droit principal du timbre d'abonnement aux termes de l'art. 3 de la loi du 30 mars 1872; ni la multitude des Sociétés de quatrième et cinquième ordre qui, elles-mêmes, ont adopté la combinaison de l'art. 22 et dont il suffit que la durée, pour être inférieure à

quatre-vingt-dix-neuf ans, soit supérieure à vingt pour qu'elles se trouvent également surimposées dans une mesure qui peut aller de une fois et demi à trois et même quatre fois le droit principal de 1 0/0 fixé par l'art. 14.

La préférence ainsi accordée par des Sociétés à une combinaison qui a pour effet de les surimposer même dans cette mesure restreinte, serait inexplicable, il faut bien le reconnaître, s'il n'apparaissait jusqu'à l'évidence, que, faisant le décompte des charges finales qui pouvaient résulter pour elles de l'une ou l'autre taxe : 1 0/0 dans le cas du paiement en une seule fois, ou 0,05 0/0 dans le cas du paiement en quatre-vingt-dix-neuf années, ces Sociétés ont constaté que ces charges finales s'équilibraient et s'équivalaient mathématiquement.

Dès lors, un raisonnement s'est imposé à elles, nous voulons dire à leurs fondateurs — avec une force qui n'a eu d'égale que le vice même de ce raisonnement.

« Payer en une fois et à nos débuts mêmes », se sont-elles dit, « le droit de 1 0/0 fixé par l'art. 14, c'est nous obliger à majorer « d'autant, c'est-à-dire de 5 francs par titre le taux du premier « versement à demander à nos actionnaires sur le montant de « leurs souscriptions; c'est nous exposer à accroître d'autant nos « charges d'intérêts; à les augmenter, au taux de 5 0/0, d'une « somme annuelle de 0 fr. 25 par titre, c'est-à-dire de la somme « même que le législateur nous demande, par son art. 22, pour « nous affranchir de l'obligation de payer immédiatement le « droit de 1 0/0 fixé par son art. 14. »

C'est ainsi à n'en pas douter, c'est sous l'empire de ce raisonnement que la presque totalité de nos grandes Sociétés financières et industrielles ont adopté la combinaison de l'art. 22.

Mais ce raisonnement est doublement vicieux : d'abord, en ce qu'il ne prévoit pas la possibilité d'uue autre interprétation dudit article que celle contre laquelle nous nous élevons ici; tout au moins, en ce que, la prévoyant, il préjuge la question de savoir si, malgré la précision des termes de l'article précité, le droit de 0,05 0/0 qu'il édicte doit être payé pendant « toute la durée de la Société » ou pendant une durée moindre que nous déterminons plus loin.

Il est également vicieux en ce qu'il méconnait les véritables intérêts de la Société; en ce qu'il les sacrifie à ceux du fisc qu'il enrichit, peut-on dire, des dépouilles des actionnaires.

En effet, ce raisonnement et le choix qui en est la conséquence, conduisent à payer au premier, en droits de timbre et sous forme de taxe d'abonnement, une somme de 0 fr. 25 par titre et par an que les seconds seraient heureux de se répartir sous forme d'intérêts dans le cas du paiement du droit de 1 0/0.

Le vice de ce raisonnement apparaît mieux encore à ce point de vue, s'il est possible, lorsqu'on envisage la situation qui est faite à ces mêmes actionnaires dans les Sociétés qui émettent des obligations : ces dernières, on le sait, sont assujetties, comme les actions, au gré de la Société emettante, soit au droit unique de 1 0/0 payable dès le moment de l'émission, soit au droit annuel de 0,05 0/0 payable, il est vrai, pendant la seule *durée du titre* et non plus pendant toute la durée de la Société. Mais cette durée du titre, pour être inférieure à celle de la Société, ne laisse pas que d'être encore fort longue pour le plus grand nombre de nos grandes obligations industrielles ou financières; elle est d'environ cinquante années sur les quatre-vingt-dix-neuf que durent la plupart des Sociétés qui les ont émises.

Pendant cinquante années, donc, ces Sociétés auront payé, pour chacune de leurs obligations de 500 francs, valeur nominale, à raison de 0 fr. 25 par an, une somme totale de 12 fr. 50 par titre, égale à deux fois et demie le droit de 5 francs auquel ces obligations étaient seulement assujetties.

Or, il est de notoriété publique que l'émission en a été faite à un cours très inférieur à leur taux nominal, soit à 380 ou 400 francs au lieu de 500 francs.

Il n'est pas douteux, non plus, que, quel que soit ce cours d'émission, le taux d'intérêt auquel ces obligations ont été offertes, ne cesse pas de porter sur le plein de leur valeur nominale.

Une bonification de 5 francs par titre, égale au montant du droit de timbre au comptant, était donc possible, facile même, sans que le succès de l'émission en souffrît, *sans qu'une charge nouvelle en résultât du chef des intérêts.*

A son tour, elle eût rendu possible et facile le paiement au

comptant du droit de 1 0/0 ; elle eût ainsi évité aux actionnaires la dépense moyenne de 12 fr. 50 par titre qui résulte du paiement échelonné de ce même droit ; *elle les eût, enfin, enrichis d'autant au lieu de les appauvrir au profit du fisc, seul bénéficiaire, en dernière analyse, de la double faculté d'abonnement inscrite aux art. 22 pour les actions, et 31 pour les obligations.*

Notre examen, terminé, de la question de *fait* dont se complète, dont s'accompagne la question de *droit fiscal* que nous avons soulevée, fait ressortir à un chiffre de plus de 100 millions répartis, il est vrai, sur une période de quatre-vingt-dix-neuf années, dont quarante-cinq sont tout près d'être écoulées déjà pour la plupart de nos grandes Sociétés financières et industrielles, l'importance pécuniaire qui s'attache à l'examen juridique de notre dite question.

Cette dernière, on le sait, est celle de savoir ce qu'a voulu dire le législateur de 1850 par ces mots « pour toute la durée de la Société » qui suivent dans son art. 22, spécial aux actions, la faculté d'abonnement qui y est inscrite.

Pour beaucoup de nos lecteurs, nous l'espérons, les conséquences fiscales que nous venons de faire ressortir, pour les Sociétés abonnées, d'une application strictement littérale de ces mots, rendront désormais impossible cette application, parce que l'on ne saurait admettre un moment qu'il ait pu entrer dans la pensée du législateur de n'affranchir ces Sociétés des obligations imposées par ses art. 14 et 20, que pour les soumettre à des obligations cinq fois plus lourdes, par exemple, dans le cas — le plus fréquent — d'une durée de quatre-vingt dix-neuf années.

Une telle pensée serait manifestement indigne et du législateur qui l'aurait conçue, et du jurisconsulte qui la lui prêterait.

Pour nous, la vérité est autre, et nous demandons à l'exposer ici telle qu'elle nous apparaît :

Tout d'abord, on le reconnaîtra, le législateur, par le mot « s'affranchir » qu'il a inscrit à la tête de son article, et dont il a fait, en quelque sorte, la pensée maîtresse, inspiratrice de la faculté d'abonnement qui le suit, a exprimé nettement sa volonté, ses intentions que le droit accessoire d'abonnement ne puisse, à aucun moment, constituer, pour les Sociétés abonnées, une

aggravation (dans sa quotité et dans ses conditions de paiement) du droit principal de 1 0/0 fixé par l'art. 14 et dont il a paru légitime, mais suffisant, au dit législateur de frapper toutes les actions de Sociétés.

Si un doute pouvait encore exister sur ce point dans quelques esprits, il leur suffirait de se reporter aux explications que fournissait le rapporteur de la Commission, M. Emile Leroux, à ceux des membres de l'Assemblée qui lui objectaient « qu'exiger le « paiement au comptant, c'était, sans doute, sauvegarder la part « du fisc de toute éventualité, mais c'était aussi diminuer le « premier capital versé au moment où la Compagnie en a le plus « besoin ; c'était s'exposer à la constituer en perte, et, constituer « en perte une Société dès le début, c'est la tuer ».

Ces explications sont beaucoup trop longues pour être reproduites ici dans toute leur étendue ; nous n'en retiendrons que cette partie par laquelle le rapporteur résumait ainsi son impression et celle de la Commission sur la faculté de l'abonnement inscrite à l'art. 22 : « En présence d'une pareille disposition, « toutes les objections s'effacent ; où serait, en effet, l'obstacle « sérieux qui pourrait être apporté au paiement de 0 fr. 05 par « 100 francs? La Commission ne le voit pas, et elle croit que « *toutes les Compagnies auront un véritable intérêt à contracter* « *l'abonnement.* » (*Mon. univ.*, 16 févr. 1850, p. 560.)

A quel point de vue ce véritable intérêt, aurait-on pu demander au rapporteur, ne fût-ce que pour l'amener à dévoiler sa pensée? au point de vue de la quotité finale du droit, ou au point de vue de la commodité du paiement?

Il n'en reste pas moins que le langage du rapporteur et encore celui par lequel, au cours de ses mêmes explications, il présentait ladite faculté de l'abonnement comme « une nouvelle preuve de la « sollicitude de la Commission et de l'Assemblée pour le com- « merce », témoigne d'un désir évident, de la volonté manifeste « d'alléger », par la combinaison de l'art. 22, « les charges de la « Société, en lui permettant de fractionner le paiement du droit « au lieu de l'acquitter en totalité au moment de l'émission ». (Seine, 26 mars 1886.)

Or, un seul moyen d'alléger ces charges existait pour le législa-

teur : l'institution pour le paiement du droit de 1 0/0 qu'il venait d'édicter par son art. 14, d'un mode tel que la quotité n'en fût pas atteinte, que le droit finalement perçu n'en fût pas accru quel que fût ce mode.

Et puisque le mode choisi consistait dans un paiement fractionné du droit par voie de taxe annuelle ou d'abonnement, *le législateur devait proportionner la durée de cette taxe, soit 0,05 0/ 0, à son rapport mathématique avec le droit principal de 1 0/0 dont il avait en vue de faciliter le paiement*, lequel rapport est 20, d'où cette conséquence que la durée de la taxe d'abonnement ne saurait excéder vingt années.

La Cour de cassation, dans son arrêt du 28 juillet 1875, et le tribunal civil de la Seine, dans son jugement précité du 26 mars 1886, ne s'y sont pas mépris. Sans vérifier, parce que la question ne leur était pas soumise, si l'art. 21 remplissait, avec ses mots « pour toute la durée de la société », les conditions de rapport et de proportionnalité indiquées plus haut, ils ont jugé : la première, « que la taxe d'abonnement n'est que la *représentation exacte* du droit au comptant » ; le second, « que l'abonnement constitue un mode de paiement par annuités, *équivalent au paiement intégral* au comptant ».

Il est vrai que la Cour de cassation, saisie à différentes reprises de la question de savoir ce qu'il advient du droit de timbre liquidé par voie d'abonnement dans les cas de réduction du capital social par suite de l'annulation d'un certain nombre d'actions, ou de la transformation du capital social-actions en capital-obligations soumis lui-même au droit de timbre précité, a décidé invariablement que le droit « demeure et reste exigible pendant toute la « durée de la société » [arrêtés des 2 mai et 9 août 1865 ; 25 juillet 1868 ; 11 novembre 1879 et 14 mars 1881. — Dalloz, P. 1865. 1. 270 ; 1. 311 ; 1868. 5. 387 ; 1880. 1. 117 ; 1881. 1. 272].

« Attendu », dit notamment l'arrêt du 2 mai 1865, parlant des sociétés, « que leur engagement est définitif et irrévocable, aussi « bien dans le second cas (de l'abonnement) que dans le premier « (au comptant) et qu'on ne saurait en méconnaître le caractère « de fixité *sans introduire une injuste inégalité en matière « d'impôts* au préjudice de ceux qui l'auraient payé comptant ».

Mais il est d'évidence même que la question soumise à la Cour de cassation et résolue par elle dans le sens qui précède, c'est-à-dire de la perpétuité de la taxe d'abonnement, n'a qu'un rapport très éloigné avec la nôtre qui consiste, on le sait, à mettre en cause, tout entier, le véritable caractère de l'art. 22 d'où est sorti cette taxe; à mettre en opposition les *effets d'affranchissement* dudit article tels qu'ils étaient attendus, espérés, voulus par le législateur, avec ses *effets d'aggravation*, tels qu'ils découlent pour toute société d'une durée de plus de vingt années, de la dite perpétuité affirmée plus haut.

Cette question qui touche cependant par un point à la nôtre, — nous ne disons pas cette thèse, — de la perpétuité de la taxe d'abonnement appliquée à des sociétés d'une durée de plus de vingt années, et que nous résolvons par la négative, reste donc entière devant la Cour suprême malgré ceux de ses arrêts que nous avons rapportés plus haut et qui paraissent la résoudre affirmativement.

Nous disons bien *qui paraissent*, parce que ces arrêts, simples arrêts d'espèces et non de principes, ne résolvent qu'en *apparence*, contre nous, la dite question telle que nous l'avons posée au cours de cette étude.

Que l'on se reporte, d'ailleurs, à ce considérant que nous avons reproduit plus haut, de l'arrêt du 2 mai 1865, et l'on y verra que la pensée intime de la Cour de cassation est bien comme la nôtre, que ce qui doit caractériser en droit les deux modes de paiement, à terme et au comptant, institués par les art. 22 et 14, c'est une étroite, une absolue équivalence au point de vue de la quotité du droit de timbre finalement payé par les sociétés.

Notre accord va même plus loin, il s'étend malgré les apparences à cette affirmation que « méconnaître le caractère de fixité « des contrats d'abonnement, serait introduire une injuste inégalité en matière d'impôts au préjudice de ceux qui l'auraient « payé comptant ». Encore doit-on préciser que, pour que cette inégalité existe et, dès lors, pour que cette affirmation soit vraie, il faut de toute nécessité que la rupture demandée du contrat d'abonnement porte sur des titres qui, à raison de leur création plus ou moins récente, n'ont pas encore eu le temps d'acquitter

les vingt annuités du droit de timbre de 0,05 dont le total forme précisément le chiffre de 1 0/0 égal au droit de timbre payé comptant.

S'agissant de titres ayant payé pendant plus de vingt années le droit de timbre de 0,05, l'inégalité introduite dans la matière serait renversée; elle ne s'exercerait plus au préjudice des titres qui auraient acquitté le droit au comptant, elle s'exercerait au préjudice de ceux qui l'auraient acquitté à terme.

Et, dès lors, que la Cours de cassation se refuse avec raison, à admettre qu'une rupture du contrat d'abonnement, antérieure au délai de vingt ans précité, vienne « introduire en matière « d'impôts une injuste inégalité au préjudice de la société qui « aurait paye le droit au comptant », elle doit également se refuser à admettre qu'une prolongation indéfinie du même contrat, c'est-à-dire, une prolongation au-delà du délai de vingt ans à l'expiration duquel se trouve en définitive acquitté de 0,05 en 0,05, le droit de 1 0/0, vienne introduire au préjudice de la société dont les titres auront acquitté pendant ces vingt ans le droit de 0,05 0/0, une inégalité plus injuste encore que la première.

En effet, alors, que celle-ci ne peut se traduire au plus que par une différence égale à un demi-droit de 1 0/0, la précédente peut se traduire et se traduit, en réalité, pour les sociétés de longue durée, par une différence qui varie entre une fois et demie et tout près de cinq fois le même droit.

Sur quels arguments, un peu sérieux et de quelque tournure, nous voulons dire de quelque valeur juridique, s'est donc appuyée l'Administration du Timbre, pour arriver à faire admettre par tous cette thèse, base de son application de l'art. 22, que la durée de la taxe d'abonnement ne saurait, en vertu de l'engagement contracté par la Société, avoir d'autre limite que la durée même de cette dernière?

La dite Administration s'est appuyée en premier lieu, sur la lettre de l'art. 22, laquelle porte, en effet, que les Sociétés ou Compagnies pourront s'affranchir des obligations imposées aux art. 14 et 20, en contractant avec l'Etat un abonnement « pour toute la durée de la Société ».

Mais cet argument apparaît d'une faible valeur si l'on se

rapporte à ces termes de l'art. 1156 Code Civil, sur les règles d'interprétation des conventions, que l'on doit dans ces dernières « rechercher quelle a été la commune intention des parties *plutôt* « *que de s'attacher au sens littéral des termes* » et si l'on ad- « met, avec l'art. 1164, que toutes les clauses d'une convention « s'interprètent les unes par les autres, *en donnant à chacune* « *le sens entier de l'acte.* »

Cette « commune intention des parties » (1), nous l'avons vu plus haut, n'a pu être d'affranchir d'une obligation déterminée des Sociétés qu'elle soumettrait à des obligations cinq fois plus lourdes.

Nous avons vu également que *le sens tout entier* de la loi de 1850, dans sa partie relative aux actions de Sociétés, étaient que ces actions fussent frappées d'un droit de timbre de 1 0/0 pour les Sociétés d'une durée de plus de dix ans, avec faculté pour les Sociétés d'en effectuer le paiement soit au comptant, *soit à terme en un nombre tel d'annuités que le droit de 1 0/0 ne puisse s'en trouver accru..*

Ce « sens tout entier » de la loi de 1850, tel que nous le dégageons plus haut, se trouve corroboré par ces paroles du Rapporteur, s'expliquant sur la quotité du droit à instituer par l'art. 14 : « Votre Commission a pensé que pour établir une « juste proportion avec le droit de timbre des effets de Com- « merce, le droit sur les actions devait être fixé à 1 0/0 du capital « nominal. »

Il se trouve pleinement justifié, en outre, au point de vue de la suffisance du droit dans l'esprit du législateur, par le fait que le droit de 1 0/0 est le seul dont resta saisie la Commission jusqu'à une période avancée de ses travaux. En effet, l'art. 22 qui institue le droit annuel de 0,05 n'a été ajouté au projet de loi que longtemps après le dépôt de ce dernier, et dans un esprit « d'affranchissement », non dans un esprit d'aggravation du droit de 1 0/0 dont on peut dire, dès lors, avec un des Membres de la Commis-

(1) Ces dernières représentées, d'une part, par la nation tout entière, d'autre part, par ceux de ses magistrats chargés par elle de la confection des lois.

sion de 1850, qu'il est le seul dû. *Tout paiement au-delà de ce droit, qu'il soit effectué au comptant ou à terme, constitue donc un paiement indû.*

Comment expliquer cependant que le législateur, dont les intentions réellement bienveillantes ne sauraient plus être douteuses, les ait exprimées si mal dans son art. 22, par l'emploi de ces mots « pour toute la durée de la Société » qu'il ait rendu possible et ce paiement indû — lequel, pour des Sociétés de quatre-vingt-dix-neuf ans, ne s'élève pas à moins de 19 fr. 75 par titre — et l'effet *d'aggravation* qui en découle au lieu de l'effet *d'affranchissement* attendu?

Nous l'expliquerons de la façon la plus simple, en faisant appel de nouveau aux paroles du rapporteur. Celui-ci, en effet, questionné sur le point de savoir « pourquoi il avait supposé une « durée de dix années pour les actions de Sociétés et seulement « une durée de cinq ans pour les effets de commerce » répondait : « Les actions dans les Sociétés ont habituellement une « durée de plus de cinq ans; beaucoup ont une durée de plus de « de dix ans; *d'autres, même de plus de vingt ans. Nous avons* « *pris une moyenne*, nous avons frappé les Sociétés dont la « durée n'excède pas dix ans, non pas de 0 fr. 05, mais de 0 fr. 50; « voilà la différence ».

Ainsi, une moyenne de dix années pour le droit de 0,50 0/0 et une moyenne de vingt années pour le droit de 1 0/0, telles sont les durées qu'a eues en vue le législateur, dans son art. 14, pour la fixation de son droit de timbre proportionnel sur les actions de Sociétés.

Il n'est pas douteux qu'il ait eu en vue la même durée moyenne de *vingt* ans, dans son art. 22, pour la fixation à 0,05 0/0 de sa taxe d'abonnement. Cela résulte d'abord de cet adverbe « même » appliqué aux Sociétés d'une durée de plus de vingt ans, pour lequel il exprime si bien que, dans sa pensée, ces Sociétés sont en très petit nombre, et, dès lors, que cette durée de vingt ans constitue la durée moyenne sur laquelle il y a lieu de légiférer.

Cela résulte ensuite et enfin du choix, comme taxe annuelle d'abonnement, de ce chiffre de 0,05 qui, multiplié par 20, donne bien le droit de 1 0/0 auquel il a paru suffisant au législateur

de soumettre les actions de Sociétés, quel que dût être dans l'avenir le mode de paiement de ce droit.

L'administration du timbre semble s'être appuyée, en second lieu, sur ce que le droit de 0,05 0/0 inscrit à l'art. 22 constituerait un droit absolument indépendant de celui de 1 0/0 fixé par l'art. 14; sur ce que la taxe d'abonnement « ne constitue pas « un mode particulier de paiement du droit de timbre, *mais un* « *impôt spécial qui a sa base dans un forfait* ».

Non plus que le premier, ce deuxième argument ne nous paraît avoir une très grande valeur.

Sans doute, la Cour de cassation, dans un arrêt du 1er février 1875 (Dalloz P. 75. 1. 308) l'a admis en quelque sorte, mais d'une manière tout incidente, en reconnaissant que « si « les titres d'une Société qui a pris fin peuvent conserver jusqu'à « leur extinction on leur annulation une valeur transmissible, « cette circonstance ne saurait avoir pour effet de faire persister « *un droit qui, établi ou convenu à forfait* pour toute la durée « de la Société, a pour condition, non seulement la transmissi- « bilité des titres, mais encore l'existence de la Société qui les a « émis ».

Mais à cet arrêt de la Cour suprême, on pourrait en opposer un autre, presque de la même date et déjà cité, par laquelle cette Cour déclare que « l'abonnement constitue un *mode de paiement* « par annuités *équivalent* au *mode de paiement intégral au* « *comptant* (28 juillet 1875. Dalloz P. 75. 1. 425).

Et, d'autre part, le tribunal civil de la Seine, dans un jugement du 26 mars 1886 (Dalloz P. 87. 5. 589) considère que le caractère de forfait appartient bien plutôt au droit au comptant dont le paiement libère définitivement les Compagnies, « rien, ni « dans le texte de la loi, ni dans les travaux préparatoires n'au- « torisant à soutenir que la taxe d'abonnement constitue, non un « mode particulier de paiement de l'impôt du timbre, mais un « impôt spécial ayant sa base dans un forfait. » Le même tribunal ajoute que « la transformation du droit au comptant en un « droit payable par annuités, *n'a modifié ni le caractère, ni* « *l'économie de l'impôt;* que l'abonnement est une simple « facilité de libération accordée aux Sociétés. »

Tout ce que l'on peut dire à la décharge de ce deuxième argument, c'est donc que la jurisprudence est, à son égard, tout au plus incertaine, hésitante, contradictoire. Quant à la doctrine, nous ne connaissons d'elle, rien qui éclaire la question ou, même, qui témoigne qu'elle en ait soupçonné l'existence, tout au moins l'intérêt.

Il nous paraît, quant à nous, que l'idée d'un forfait n'a pu naître dans l'esprit du législateur pour deux raisons : la première, parce que la matière fiscale ne comporte pas de telles combinaisons; la deuxième parce que, en matière d'impôt, comme le disait le membre de la Commission dont nous avons déjà invoqué l'autorité, *un droit est dû ou il ne l'est pas.*

Or, il n'est pas douteux, comme nous l'avons fait ressortir plus haut, que le seul droit de timbre dont on puisse dire avec raison qu'il est dû, c'est le droit de 1 0/0 fixé par l'art. 14 et au-delà duquel tout paiement devient indû, qu'il soit effectué au comptant ou sous la forme d'une taxe annuelle.

Un troisième argument existe-t-il qui nous échappe ou que nous n'apercevions pas et que pourraient invoquer cependant nos contradicteurs à l'appui de leur thèse?

Oui, sans aucun doute, si l'on fait état, comme d'un argument de *fait*, sinon de *droit*, des cinquante années d'application que compte déjà, aujourd'hui, l'interprétation toute littérale de l'art. 22, on devrait dire la méconnaissance qu'elle constitue de la volonté du législateur d'*affranchir* réellement, par sa taxe annuelle de 0,05, les Sociétés, de l'obligation de payer au comptant le droit de 1 0/0 fixé par l'art. 14 et non d'aggraver ce droit dans sa quotité, comme nous avons vu que l'aggrave, pour les Sociétés d'une durée de plus de vingt années et spécialement de quatre-vingt-dix neuf, la dite interprétation.

Mais moins encore que les deux premiers, ce troisième argument, — sans doute parce qu'il est dépourvu de tout caractère juridique, — nous paraît avoir quelque fondement. Il nous suffira de deux autres faits du même ordre et de la même nature que celui que l'on pourrait invoquer, pour le détruire et le ruiner complètement.

Le 6 mars 1895, la Cour de cassation rendait au profit de

l'une de nos grandes compagnies de chemins de fer, un arrêt (Dalloz, P. 95. 1. 265) dont les effets s'étendirent ensuite à toutes les autres Compagnies et par lequel se trouva réformée, *après quarante années d'une application jusque-là incontestée*, l'interprétation alors donnée par le fisc à l'art. 27 de cette même loi de 1850 sur le Timbre, dont nous critiquons ici l'art. 22.

Cet art. 27, spécial aux obligations, portait que « tous les « titres d'obligations *souscrits* à compter du 1er janvier 1851, « seront assujettis au timbre proportionnel de 1 0/0 du montant du titre?

Et il était l'objet de la part de l'administration du Timbre de la même interprétation strictement, étroitement littérale que celle dont nous nous plaignons en ce qui concerne ledit art. 22.

Le litige d'alors avait pour objet celles de leurs obligations qne les Compagnies de chemins de fer affectent à la garantie de leurs comptes spéciaux (caisses de retraite, de prévoyance, etc.) et qui, sans cesser d'exister en *fait*, dans leur forme, et sans cesser de participer à tous les avantages attachés à cette forme, n'ont jamais existé en *droit*, disaient les Compagnies, faute d'avoir été « souscrites » dans le sens juridique du mot.

La Cour de cassation adopta, par son arrêt précité, la tardive manière de voir des Compagnies et réforma l'interprétation toute littérale de l'Administration.

Cette interprétation avait été cependant, comme celle de l'art. 22, adoptée et suivie de confiance, pendant quarante années par l'unanimité des Compagnies.

Qu'en conclure, sinon que la lumière avait été lente à se faire sur ce point dans les esprits?

Le deuxième fait n'est pas moins probant que le premier et ne témoigne pas moins que lui de l'extrême facilité avec laquelle sont acceptées en matière fiscale, par des Sociétés cependant entourées de Conseils financiers et juridiques d'une haute valeur, les pires interprétations.

La loi du 30 mars 1872, art. 3, dispose que les « 2 décimes « ajoutés au principal des droits de timbre de toute nature par « l'art. 2 de la loi du 23 août 1871, sont applicables aux taxes « d'abonnement exigibles depuis la mise à exécution de cette loi.

« quelle que soit, d'ailleurs, l'époque à laquelle l'abonnement a « été contracté ».

Cette loi du 23 août 1871, que complétait ainsi la loi du 30 mars 1872, avait disposé purement et simplement que « 2 dé- « cimes seront ajoutés au principal des droits d'abonnement de « toute nature », mais l'Administration du Timbre, forte des intentions du législateur qu'elle connaissait dans ses moindres nuances puisque c'est elle vraisemblablement qui les avait inspirées, donna à cette loi de 1871, dès le moment de son exécution, toute la portée, toute l'étendue que lui assigna plus tard la loi nouvelle du 30 mars 1872.

Et cette interprétation cependant abusive, on va le voir, fut également adoptée et suivie de confiance par la presque unanimité des sociétés intéressées.

En effet, « toutes les Compagnies, sauf trois », dit le Rappor- « teur de la loi du 30 mars 1872, « se sont conformées aux « prescriptions de la loi de 1871, telle qu'elle avait été conçue « par la Commission ». Mais ces trois Compagnies ont résisté et « le tribunal civil de la Seine, saisi de la question de savoir si « leur résistance était fondée, la résolut dans un sens favorable « à ces dernières, privant ainsi le Trésor d'un revenu annuel « immédiat de plus de 2 millions que la loi en cause avait eu « l'intention de lui créer. »

Le Trésor, sans même en appeler à une juridiction supérieure, ne vit pas d'autre solution au problème que faisait ainsi se poser devant lui la résistance fondée des trois Compagnies, que celle qui est résultée de la loi nouvelle dont nous rappelons plus haut le texte.

Et l'on se trouve ainsi en présence de cette situation qu « toutes les Compagnies sauf trois » exécutèrent de confiance en 1871, une disposition fiscale que rien n'autorisait à étendre dans la mesure où elle le fut par l'Administration du Timbre ; qu'elles se laissèrent appliquer un supplément de taxe qui n'avait aucune base, aucun fondement légal puisqu'une deuxième loi fut reconnue nécessaire pour légitimer cette perception que n'avait pas ordonnée la première.

Nulle autre que cette situation, à coup sûr bien faite pour

étonner, ne saurait mieux démontrer à notre avis la vraisemblance de celle qui fait l'objet de la présente étude et dans laquelle nous tentons d'établir que se sont laissées placer les Compagnies ou Sociétés abonnées par l'interprétation actuelle de notre art. 22.

De même qu'en 1871, à l'occasion de la loi du 23 janvier, et avec le même esprit de confiance, d'aveuglement, les Sociétés et Compagnies, d'une durée de plus de vingt années, exécutent sans se lasser une disposition fiscale que rien, pas même le texte, en apparence si formel de l'art. 22, n'autorise à étendre dans la mesure où l'a étendu l'Administration du timbre, c'est-à-dire au delà du délai de vingt ans à l'expiration duquel il y a égalité absolue entre le droit de 0,05 0/0 payé pendant ces vingt années, et le droit de 1 0/0 supposé payé comptant.

Notre démonstration sur ce point, bien qu'écourtée et cependant encore fort longue, nous apparaît complète, décisive et telle qu'aucun doute ne saurait plus exister.

Elle ne le sera pas moins, nous l'espérons, sur cet autre point avancé par nous, au début de cette Étude, que ledit art. 22, introduit dans la loi du 5 juin 1850, sur le timbre, au mépris des formes constitutionnelles de l'époque et des prescriptions du Règlement intérieur de l'Assemblée, était, par cela même, entaché d'une nullité certaine, évidente, manifeste, telle, en un mot, qu'elle autoriserait tout refus, par les Sociétés ou Compagnies abonnées, d'acquitter désormais une taxe qui n'a aucune base, aucun fondement légal.

Quelles sont ces *formes constitutionnelles*, et quelles sont ces *prescriptions* au mépris desquelles a été faite, dans la loi de 1850, cette introduction de notre art. 22? Les voici résumées aussi succinctement que possible : Toutes les Constitutions qui ont, tour à tour, régi notre pays depuis un siècle, ont été unanimes, — sauf celles de 1852 et 1875, — y trouvant une garantie contre les entraînements des Assemblées, à exiger en termes formels, précis et répétés, trois lectures ou délibérations de tout projet de loi avant son adoption définitive.

Plusieurs, même, de ces Constitutions, notamment celles de 1791 et de 1795, précisèrent, tant elles attachaient d'impor-

tance à ces trois lectures, « que le préambule des lois énoncerait « les dates des séances auxquelles ces trois lectures auront été « faites ».

Plus tard, enfin, en 1848, dans la séance du 5 octobre. au cours de la discussion de l'art. 42 de cette dernière Constitution, un honorable représentant s'élevait, dans ces termes, contre toute idée de subordonner, hors le cas de l'urgence, l'examen de toute proposition aux « formes prescrites par le Règlement » : « D'abord « le Règlement, quelle que soit son autorité morale, n'a pas « la puissance de la Constitution ; en second lieu, le Règlement « est essentiellement instable et variable, et il pourrait arriver « que les garanties que nous trouvons nécessaires n'y fussent « pas introduites quand il sera rédigé ou par cette Assemblée, ou « par l'Assemblée qui la remplacera.

« Si vous ne mettez rien dans la Constitution, vous pouvez être « assuré que, par l'entraînement habituel aux Assemblées, on en « viendra à déclarer très aisément l'urgence et à supprimer les « garanties que vous avez établies par l'article précédent qui « exige trois lectures. (*Mon. univ.*, 6 oct. 1848.)

Le Règlement de l'Assemblée nationale de 1848, arrêté et voté dans son ensemble au cours de la séance du 6 juillet 1849, s'appropriait, d'ailleurs, cette même disposition constitutionnelle, et décidait, par son art. 64, que : « Aucun projet de loi, sauf les « cas d'urgence, n'est voté *définitivement* qu'après trois délibéra- « tions à des intervalles qui ne pourraient être moindres de cinq « jours. »

Depuis, les Règlements de la Chambre et du Sénat n'ont abaissé à deux le nombre de lectures ou délibérations nécessaires à la validité des projets de loi, que parce que les Constitutions correspondantes de 1852 et de 1875 instituaient deux Assemblées fonctionnant côte à côte et astreintes, chacune, à deux lectures ou délibérations, de telle sorte que chaque projet de loi qui leur était ou leur est encore soumis, supportait finalement et supporte l'épreuve de quatre lectures, soit une de plus que sous le régime des précédentes Constitutions.

On ne saurait établir, semble-t-il, d'une façon plus complète, plus rigoureuse, plus formelle, que la loi de 1850 sur le timbre

devait impérieusement, — sauf le cas de l'urgence, — subir l'épreuve de trois lectures ou délibérations, dans son ensemble et dans chacun de ses articles.

Or, bien que l'urgence ait été déclarée à son égard, l'Assemblée nationale avait, au contraire, décidé, dans ses séances du 7 mars 1850 et du 22 mars 1850, de passer à une deuxième, puis à une troisième délibération.

Mais l'art. 22 dont nous nous occupons, et qui portait alors, dans le projet de la Commission, le numéro 20, ne subit l'épreuve que d'une délibération sur trois; en effet, la première porta spécialement sur l'ensemble du projet dont ne faisait pas encore partie ledit art. 22; ce dernier fut adopté sur simple lecture, c'est-à-dire sans aucun débat, au cours de la deuxième délibération, après cependant qu'un membre de la Commission, M. Sautayra, qui en avait demandé la suppression, eut déclaré qu'il retirait sa proposition.

Enfin, ce même article, au cours de la troisième délibération, ne fut, à aucun moment, — seul de tous les articles de la loi, et il n'y en avait pas moins de 51 ou 52, *mis en lecture par le président, discuté et adopté par l'Assemblée*, dont on n'aurait que le vote d'ensemble rendu à l'issue de cette troisième délibération, pour légitimer ledit article. Mais le bénéfice de ce vote d'ensemble ne saurait lui être applicable sans une atteinte profonde et à la Constitution de l'époque et au Règlement de l'Assemblée, les effets de ce vote se trouvant forcément et rigoureusement limités aux seuls articles qui, mis en lecture au cours de la troisième délibération, y ont fait l'objet d'un vote d'adoption devenu définitif seulement après le vote d'ensemble.

Les preuves *matérielles* de ce qui précède, c'est-à-dire de l'oubli dans lequel a été tenu, au cours de la troisième délibération (la dernière et la plus essentielle), notre art. 22, se trouvent dans les documents officiels du temps : *Moniteur universel* et Compte-rendu analytique des travaux de l'Assemblée.

Il est vrai qu'un usage parlementaire, dont on trouve la trace dans le beau Traité de Droit parlementaire de MM. Poudra et Pierre (n° 1226, édit. 79) « permet de ne pas remettre aux voix « les articles qui n'ont pas été modifiés par la Commission, qui ne

« sont pas contestés et sur lesquels il ne s'élève pas d'amende-« ments ».

« Mais », — ajoutent ces savants auteurs, — « dès qu'un article « a été combattu, il doit être soumis au vote de laChambre, *lors « même qu'aucun amendement n'a été présenté à son texte* ».

Or, c'est précisément le cas de notre art. 22. Il avait été l'objet, nous l'avons dit, en deuxième délibération, d'une demande de suppression que ne maintint pas son auteur, mais qui témoigne que ledit article avait, à un moment donné, été combattu, et, dès lors, à ne considérer que cette raison, se trouvait, dans des conditions, à être remis aux voix et soumis de nouveau à l'examen de la Chambre.

Ce qui indique bien, en tout cas, que l'omission du président n'a pas été volontaire, préconçue; qu'elle ne constitue pas, dès lors, l'observation pure et simple par lui d'un usage contestable en soi, c'est que l'art. 23 qui le suit, avait été l'objet, dans la même séance, par le même représentant, sous le numéro 21 que portait alors cet article, d'une même demande de suppression pure et simple retirée dans les mêmes conditions, et que, cependant, cet art. 23 fût mis en lecture par le président au cours de la troisième délibération et adopté sans discussion par l'Assemblée.

Cet usage parlementaire derrière l'observation duquel les défenseurs de l'art. 22 seront peut-être tentés d'abriter sa légalité, est d'ailleurs bien connu dans ses origines.

Sollicité, dans la séance du 11 mars 1850, par le Représentant Barthélemy Saint-Hilaire, de donner, au cours de la troisième délibération d'un article de la loi sur l'Enseignement dite « Loi Falloux », la troisième lecture correspondant à cette troisième délibération, M. le président Dupin ne répondait-il pas textuellement : « Mais c'est donner une fatigue épouvantable » (*Mon. univ.* du 12 mars 1850, p. 838.)

De telle sorte que, seule, la crainte de donner à l'Assemblée et surtout, semble-t-il, à son président, « une fatigue épouvantable » par une troisième lecture cependant exigée impérieusement par la Constitution et par le Règlement intérieur de la Chambre, a suffi pour créer cet usage, et que ce dernier n'a pas d'autre cause.

A le supposer, d'ailleurs, fondé sur une raison meilleure, pourrait-on soutenir sérieusement qu'un tel usage doit prévaloir contre une prescription formelle, impérieuse de la Constitution, et contre un article non moins formel du Règlement de l'Assemblée?

Poser la question, c'est assurément la résoudre dans le sens de l'illégalité de l'art. 22 en faveur duquel on ne saurait, en outre, soulever aucune prescription tirée du long espace de temps qui s'est écoulé depuis son introduction dans la loi qui le contient.

Nous ne doutons pas, dès lors, et quelque sentiment que nous ayons des difficultés qu'éprouverait le pouvoir judiciaire à se faire le juge du pouvoir législatif, surtout sur un point de droit constitutionnel; nous ne doutons pas que, saisie de la double question soulevée par notre travail, question d'interprétation de l'art. 22 et même de sa nullité, la Cour de cassation ne la résoudrait dans un sens favorable à notre thèse, c'est-à-dire dans un sens plus conforme aux intentions mieux connues aujourd'hui du législateur.

ÉMILE LE DUC.

LA DATION EN NANTISSEMENT DES FONDS DE COMMERCE

Par M. F. DOUCET.

I

Lors de la confection de nos codes, les fonds de commerce étaient généralement, en dehors du matériel et des marchandises, sans valeur appréciable. Aussi, n'a-t-on guère prévu, à ce moment, ni les conditions sous lesquelles ils pourraient être donnés en nantissement, ni même le fait qu'ils puissent être l'objet d'un contrat de cette nature.

Cette question de la dation en nantissement des fonds de commerce a, par suite, donné et donnera certainement encore lieu à de grandes controverses et à de très sérieuses difficultés.

Mais, avant d'examiner la situation résultant de la nouvelle législation sur la matière, il importe, pour se rendre suffisam-

ment compte de la question, d'indiquer quel était antérieurement, à ce sujet, l'état des choses.

Le nantissement est une garantie réelle constituée sur des meubles ou droits mobiliers déterminés. Aussi la loi a-t-elle dû, pour en assurer l'efficacité, de même que pour empêcher toute fraude, édicter, à cette occasion, des conditions assez complexes, et peut-être même quelque peu rigoureuses.

Les conditions générales de validité de ce contrat qui avaient été édictées par nos codes, étaient les suivantes.

Il faut, en premier lieu, aux termes de l'art. 2074 du Code civil, qu'il y ait un acte public ou sous-seing privé, dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de leurs qualité, poids et mesure. Au cas seulement ou la valeur n'excède pas 150 francs, on peut se dispenser de la rédaction de l'acte par écrit et de son enregistrement.

Et aux termes des art. 91 et 109 du Code de commerce, le gage constitué, soit par un commerçant, soit par un individu non commerçant pour un acte de commerce, se constate, ainsi que les achats et ventes, par actes publics, par actes sous-signatures privées, par le bordereau ou arrêté d'un agent de change ou courtier, dûment signé par les parties; par une facture acceptée, par la correspondance, par les livres des parties et par la preuve testimoniale, dans les cas où le tribunal croit devoir l'admettre.

En second lieu, et abstraction faite des conditions spéciales qui qui vont être énoncées d'après les dispositions primitives de l'art. 2075 du Code civil et d'après celles de l'art. 91 du Code de commerce, le privilège ne s'établit sur les meubles incorporels, que par acte public ou sous-seing privé, aussi enregistré et signifié au débiteur de la créance donnée en gage.

Enfin, en troisième lieu, aux termes des art. 2076 du Code civil et 92 du Code de commerce, dans tous les cas, le privilège ne s'établit sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier gagiste ou du tiers convenu entre les parties.

La loi a voulu, par cette dernière disposition, avertir les tiers que l'objet donné en nantissement était sorti du patrimoine du

débiteur, qu'il ne pouvait en tous cas plus être le gage de ses autres créanciers, et surtout de ses créanciers futurs. Elle a eu ainsi pour but d'empêcher le crédit de ne reposer que sur des bases apparentes et trompeuses.

Étant donné le caractère de la propriété d'un fonds de commerce, il est assez difficile de satisfaire, pour la dation en nantissement d'un tel objet, aux prescriptions de la loi, surtout en ce qui concerne l'obligation de sa remise aux mains du créancier ou d'un tiers convenu.

La propriété d'un fonds de commerce comprend en effet, indépendamment du matériel, des marchandises, du droit au bail des lieux et à l'usage de l'enseigne, quand il en existe une, — objets essentiellement corporels, — la clientèle, l'achalandage, le nom commercial et la notoriété qui s'y rattache, le droit à l'usage des marques de fabriques, de la dénomination des produits, etc., — qui sont choses purement incorporelles. Comment serait-il possible de transmettre tout cela dans son ensemble et en observant les autres conditions imparties par la loi? Comment pourrait-on même séparer certaines parties, telles, par exemple, que le nom commercial et la notoriété qui s'y rattache, de la personne du propriétaire?

Une semblable remise, opérée d'une manière totale, aux mains d'un créancier ou d'un tiers, est-elle même possible? On peut se le demander en présence de la nécessité de gérer et administrer d'une facon continue et ininterrompue, une chose telle qu'un fonds de commerce qui, sans cela, périrait infailliblement.

Si le débiteur se dessaisissait complètement et abandonnait la gérance, il faudrait qu'il disparût aux yeux des tiers et cessât le commerce. Si, au contraire, le commerce était continué en son nom et pour son compte, soit par son créancier, soit par un tiers dépositaire, il n'y aurait là qu'un mandataire ou gérant qui détiendrait pour lui et en son nom. La remise serait alors seulement fictive. Elle ne remplirait point, dans ce cas, le but proposé, non plus que la prescription formelle de la loi.

Et en admettant que tout cela puisse, à la rigueur, se faire de façon juridique, ce ne serait pas sans qu'il en résultât tout au moins de sérieux inconvénients. En tous cas, en considérant que

cette mise en possession fût matériellement possible, il semble qu'elle devait être, en présence de la disposition formelle de la loi, une condition nécessaire et indispensable de la validité de la dation en nantissement d'un fonds de commerce.

Aussi des contestations se sont-elles fréquemment élevées sur la question de la validité des nantissements de ce genre. Les tribunaux se sont, à maintes reprises et non sans raison, refusés à l'admission de la validité de ces contrats, particulièrement lorsque le débiteur était resté en possession du fonds. Plusieurs décisions judiciaires ont été rendues dans ce sens et, entre autres, un arrêt de la Cour de Paris du 26 juillet 1851 (1).

La jurisprudence persistante du tribunal de commerce de la Seine qui a, du reste, amené, ainsi qu'on va le voir, le plus formidable conflit qui ait jamais existé entre les juridictions des différents degrés, s'est aussi prononcée pour la non-validité du nantissement.

Ce tribunal a notamment déclaré le nantissement nul à raison du défaut de remise du fonds aux mains dn créancier ou d'un tiers, par les jugements qu'il a rendus aux dates des 9 janvier 1892 (2), 24 août 1893 (3), 4 avril 1894 (4), 13 décembre de la même année (5), 26 février 1895 (6) et 16 août de la même année (7). — Il a fait mieux : par trois autres jugements qu'il a rendus, l'un à la date du 21 novembre 1895 (8), un autre le 18 janvier 1896 (9) et le dernier le 6 mars de la même année (10), il a décidé qu'un fonds de commerce n'était même pas susceptible d'une tradition de nature à permettre une dation en nantissement, et il a également annulé les contrats intervenus.

On ne trouve qu'un seul jugement du même tribunal, du

(1) Sirey, 1851. 2. 619.
(2) *Gazette du Palais*, 1892 1. 327.
(3) *Ibid.*, 1893. 2. 347.
(4) Sirey, 1897. 2. 89.
(5) *La Loi*, 29 déc. 1894.
(6) *Gazette du Palais*, 1895. 1. 515.
(7) *Ibid.*, 1895. 2. 348.
(8) *Ibid.*, 1896. 1. 194.
(9) *Ibid.*, 1896. 1. 258.
(10) *Ibid.*, 1896. 1. 591.

5 juin 1891 (1), par lequel il se soit prononcé dans le sens de la validité.

On peut voir encore, dans le même sens de la non-validité, un jugement du tribunal de commerce de Saint-Etienne, du 10 janvier 1894 (2), et un autre du même tribunal, du 10 juillet suivant (3).

Un jugement du tribunal de commerce de Lyon, du 10 mai 1898 (4), a même décidé qu'il fallait, non seulement que le créancier gagiste prît effectivement possession du fonds, mais encore qu'il fût cessionnaire du droit au bail.

La Cour de cassation, les Cours d'appel et le tribunal civil de la Seine, se sont, au contraire, unanimement prononcés en sens différent. Ils n'ont jamais voulu voir dans un fonds de commerce autre chose qu'un seul ensemble qu'ils ont appelé une universalité juridique, participant de la nature de l'objet principal qui le constituait. Ils ont, par suite, toujours considéré que le titre, l'enseigne, l'achalandage et la clientèle, formaient, avec le droit au bail des lieux où il s'exploitait, un objet de nature mobilière incorporelle, dont le matériel et les marchandises n'étaient qu'un accessoire et un instrument d'exploitation. Et ils en ont tiré cette conséquence, que la remise aux mains du créancier ou d'un tiers n'était nullement nécessaire pour assurer la validité de la dation en nantissement qui pouvait en être faite.

On peut voir, dans ce sens, un arrêt de la Cour de Grenoble du 16 avril 1886 (5), un arrêt de la Cour de cassation du 13 mars 1888 (6), un arrêt de la Cour de Paris du 21 juillet 1892 (7), un autre de la même Cour du 4 janvier 1896 (8), un autre de la même Cour du 6 juin suivant (9) et un autre du

(1) *Ibid.*, 1891. 2. 34.
(2) *Ibid.*, 1894. 1. 152.
(3) Sirey, 1897. 2. 89.
(4) *Gazette du Palais*, 1898. 2. 289.
(5) Recueil de Grenoble, 1886, p. 199.
(6) Dalloz, *Rép. pér.*, 1888. 1. 351.
(7) *Gazette du Palais*, 1892. 2. 250.
(8) *Ibid.*, 1896. 1. 410.
(9) *Ibid.*, 1896. 2. 232.

24 décembre de la même année (1), un jugement du tribunal civil de la Seine du 13 novembre 1894 (2) et un autre du 15 janvier 1895 (3).

Ces dernières juridictions considéraient que, pour assurer la validité du nantissement, il suffisait, d'une part, que remise fût faite aux mains du créancier gagiste, des titres constitutifs des droits du propriétaire, consistant dans l'acte d'acquisition et dans le bail des lieux, et même, suivant le cas, de cette dernière pièce seulement, et, d'autre part, que signification fût faite du contrat de nantissement au locateur. On peut voir, à ce sujet, les décisions qui viennent d'être énoncées, et, en outre, un arrêt de la Cour de cassation, du 20 janvier 1886 (4); trois arrêts de la Cour de Paris, l'un du 26 février 1895 (5), un autre du 22 octobre 1896 (6), et l'autre du 7 août 1897 (7).

La Cour de Lyon est même allée plus loin. Elle a admis, par un arrêt du 14 mars 1895 (8), que la remise du bail et la signification de l'acte de nantissement au locateur, n'étaient même pas nécessaires si, d'après les conventions des parties, le gage n'avait pas été constitué d'une façon distincte et spéciale sur le droit au bail, mais bien d'une façon générale sur le fonds de commerce.

Le conflit était venu à l'état tout à fait aigu. Les tribunaux de commerce, particulièrement celui de la Seine, malgré les décisions contraires des Cours d'appel et de la Cour de cassation, persévéraient dans leur manière de faire, et celles-là réformaient constamment les jugements qui leur étaient soumis.

Il s'agit de savoir si le système adopté par ces dernières juridictions était admissible, s'il était conforme à la loi, si les formalités qu'il exigeait étaient suffisantes, si elles pouvaient avoir une valeur juridique quelconque, ou bien si ce système n'avait pas

(1) *Gazette du Palais*, 1897. 1. 175.
(2) *Ibid.*, 1895. 1. 159.
(3) *Ibid.*, 1895. 1. 388.
(4) Sirey, 1886. 1. 305.
(5) *Gazette du Palais*, 1895. 1. 392.
(6) *Ibid.*, 1896. 2. 561.
(7) Dalloz, *Rép. pér.*, 1898. 2. 437.
(8) *Gazette du Palais*, 1895. 2. 315.

été purement et simplement substitué aux prescriptions de la loi et imaginé en vue d'assurer la validité d'un contrat qui ne pouvait matériellement réunir les conditions imposées d'une façon générale par celle-ci.

Pour que la solution qui a prévalu dans les arrêts de la Cour de cassation et des Cours d'appel et dans les jugements du tribunal civil de la Seine qui viennent d'être cités, fût à l'abri de toute critique, il eût fallu, tout d'abord, que l'on considérât sans conteste les fonds de commerce comme des valeurs purement incorporelles. Or, c'est là un point de vue difficilement admissible. On ne peut, en effet, si l'on ne ferme les yeux à l'évidence, classer parmi les valeurs incorporelles, les marchandises, le matériel d'un fonds de commerce, l'agencement des locaux et magasins, l'enseigne, etc... Voulût-on, d'ailleurs, pousser le raisonnement jusqu'à ses dernières limites, on ne pourrait pas, véritablement, séparer ces objets purement matériels de l'ensemble qui constitue le fonds de commerce, en faire ainsi complètement abstraction, pour ne voir dans la réunion du tout qu'un objet purement immatériel qui se résoudrait, pour ainsi dire, dans le droit au bail, dans le droit à la possession du local où s'exploite le fonds. Cela ne serait vraiment pas possible. Le droit à la possession d'un local sans marchandises, sans matériel, sans agencement, ne pourrait véritablement constituer un fonds de commerce.

Au reste, si quelque chose est un accessoire, n'est-ce pas précisément la clientèle et l'achalandage? Quelque importante que puisse en être la valeur, ces derniers éléments ne sont qu'une résultante, une dépendance, une conséquence de l'installation matérielle qui constitue véritablement le fonds, la portion indispensable du commerce. Le local, bien que nécessaire et également indispensable pour un négoce de quelque importance, pourrait même, à la rigueur, et au moins dans certains cas, ne constituer aussi qu'un accessoire. Si, fréquemment, la situation de ce local ne doit pas être considérée comme indifférente, il est également des cas, même assez nombreux, dans lesquels elle n'est tout à fait que relative. Un local, lorsqu'il est indispensable, peut, de même, dans nombre de circonstances, être indifféremment placé dans un

endroit aussi bien que dans un autre. C'est donc à tort qu'il a été donné à cette question du local une importance telle qu'il n'eût plus fallu, désormais, s'attacher qu'à ce seul point de vue et n'en envisager aucun autre.

Et comment pourrait-on, d'ailleurs, justifier que la signification de l'acte de nantissement, faite au bailleur des lieux où le fonds de commerce était exploité, pût avoir une influence quelconque sur le sort du matériel et des marchandises?

Il faudrait supposer, tout d'abord, pour qu'il pût en être de la sorte, que le bailleur eût la charge du fonds de commerce entier, qu'il en fût le dépositaire. Mais c'est précisément le contraire qui est la vérité. Le propriétaire de l'immeuble n'a, en aucune façon, en sa qualité de bailleur, le fonds de commerce en ses mains. Il ne l'a point en son pouvoir. Il ne l'a nullement à sa disposition.

La signification qui lui était faite, pouvait, tout au plus, avoir un effet en ce qui concernait le droit à la jouissance du local. Mais si ce droit peut être, comme on vient de le voir, un des éléments du fonds de commerce, il ne le constitue point à lui seul. Le bailleur ne saurait avoir, notamment, aucun droit sur le matériel et les marchandises, pas plus que sur la clientèle et l'achalandage. Or, en admettant que l'acte dont il s'agit pût constituer une appréhension, une main-mise partielle sur l'objet donné en gage, on ne saurait en induire que cette main-mise ait pu avoir un effet sur le tout, particulièrement sur la partie mobile du fonds représentée par le materiel et les marchandises.

On ne saurait, au surplus, prétendre, pour soutenir l'efficacité de la signification de l'acte de nantissement au locateur, qu'une analogie quelconque pût exister entre la situation de ce dernier et celle d'un créancier. Au lieu d'une créance, c'était un droit de propriété qui faisait l'objet de la cession et, comme on vient de le voir, un droit qui n'était nullement aux mains ni à la disposition du propriétaire du local. Il n'était donc pas possible, dans cette situation, d'affranchir le contrat de nantissement de la condition obligatoire de la remise de l'objet donné en gage aux mains du créancier ou d'un tiers.

D'ailleurs, lorsque le commerçant est propriétaire du local où s'exploite le fonds, si la signification de l'acte de nantissement au

bailleur devait être considérée comme un élément essentiel de validité du contrat, comment pourrait-on accomplir cette formalité? Faudrait-il que le débiteur consentît un bail éventuel de son local? Ce serait, là, un expédient auquel il aurait évidemment été nécessaire de recourir, mais auquel il ne semble pas, cependant, qu'on ait jamais recouru. Cet expédient serait assurément ingénieux. Mais on se trouverait alors en présence de l'impossibilité de remplir la formalité considérée comme essentielle, de la signification. Et comme elle ne pouvait être faite au cédant lui-même, on n'aurait personne à qui elle aurait pu être utilement adressée.

On comprend bien que s'il se fût agi, dans les circonstances dont il vient d'être parlé, de la dation en nantissement d'un simple droit au bail, la remise de l'acte constatant ce bail et la signification du contrat de nantissement au propriétaire, eussent été suffisantes. Ainsi d'ailleurs s'est prononcée, en pareil cas, la Cour de cassation, par trois arrêts, l'un du 13 mars 1859 (1); un autre, du 6 mars 1861 (2), et l'autre, déjà cité, du 13 mars 1888 (3). Mais rien de tel n'existait dans les espèces où sont intervenues les décisions qui ont amené la jurisprudence dont il vient d'être parlé. Les nantissements portaient bien sur de véritables fonds de commerce, sur des fonds de commerce complets, et les droits aux baux qui s'y trouvaient compris n'en constituaient que de purs accessoires.

Pour tous ces motifs et malgré l'autorité des juridictions qui s'étaient prononcées en la matière, semble-t-il que l'on eût dû, plutôt, en pure doctrine, donner la préférence à la manière de voir des tribunaux de commerce de la Seine, de Saint-Étienne et de Lyon.

La Cour d'appel de Paris, est d'ailleurs revenue en quelque sorte, par un arrêt du 7 novembre 1898 (4), sur l'esprit de la jurisprudence antérieure. Tout en maintenant ce principe, que le caractère juridique d'une universalité de fait créée par des

(1) Dalloz, *Rép. pér.*, 1859. 1. 167.
(2) Dalloz, *Rép. pér.*, 1861. 1. 417.
(3) Sirey, 1888. 1. 302.
(4) *Gazette du Palais*, 1898. 2. 603.

emprunteurs devait ressortir de son élément principal, et que, si les meubles corporels faisant partie d'un fonds de commerce, en constituaient la réelle valeur et faisaient la partie principale et essentielle des objets donnés en gage, elle a décidé que la notification du nantissement au propriétaire était insuffisante pour en assurer la validité, et que, par suite, le contrat était nul si le créancier n'avait pas été mis en possession de l'objet du gage constitué.

On le voit, la validité de la dation en nantissement des fonds de commerce avec ou sans mise en possession réelle aux mains du créancier ou d'un tiers, n'était rien moins que certaine, bien qu'elle fût admise par la jurisprudence dominante.

Quoi qu'il en soit, le conflit qui existait entre les diverses juridictions résolues de part et d'autre à décider en sens contraire, constituait un véritable état d'anarchie. La situation qui en résultait était intolérable pour les justiciables. Il fallait que cet état de choses cessât. Mais en présence de la ferme volonté, de la persistance de chacune des juridictions à maintenir sa manière de voir personnelle, il était peu vraisemblable qu'aucune d'elles consentît à venir à récipiscence. On ne pouvait pas compter qu'un revirement se produisît à ce sujet, à courte échéance, de la part de la Cour de cassation ni des Cours d'appel. Bien qu'il semble qu'elles eussent tort, leur situation dominante dans la hiérarchie judiciaire ne leur permettait guère de s'incliner devant un simple tribunal consulaire. Dans ces conditions et étant données les conséquences qui étaient pour les intéressés le résultat d'un tel conflit, une disposition législative nouvelle s'imposait.

Cette disposition est précisément intervenue par la loi du 1er mars 1898, votée à la suite d'une proposition de M. Millerand, député. Elle consiste dans l'addition d'un second paragraphe, faite à l'art. 2075 du Code civil, article qui, aujourd'hui, est ainsi conçu :

« Le privilège énoncé en l'article précédent, ne s'établit sur les « meubles incorporels, tels que les créances mobilières, que par « acte public ou sous seing privé, aussi enregistré, et signifié au « débiteur de la créance par lui donnée en gage.

« Tout nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine

« de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un registre public « tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel « le fonds est exploité. »

F. DOUCET.

BIBLIOGRAPHIE

Les Origines de l'annexion de la Haute-Alsace à la Bourgogne en 1469. — Etude sur les terres engagées par l'Autriche en Alsace depuis le quatorzième siècle, spécialement la seigneurie de Florimont (1).

Par M. Louis Stouff.

Compte-rendu par M. J. Charmont, professeur à la Faculté de droit de Montpellier.

Depuis l'époque où l'on rendait compte dans cette Revue des premiers travaux de M. Louis Stouff (2), bien des années déjà se sont passées. Il a suivi sa voie, choisissant de préférence les questions qui touchent à la fois à l'histoire générale et à celle des institutions, voyant dans la monographie non pas une étude qui a sa fin en soi, mais le moyen d'investigation qui peut nous donner la vue la plus claire du passé, prenant comme champs d'expérience le Dauphiné, la Haute-Alsace et la Bourgogne, les pays qu'il connaît et qu'il aime le mieux, où tout lui est devenu familier (3). En essayant aujourd'hui d'analyser et d'apprécier son dernier livre sur *les Origines de l'annexion de la Haute-Alsace à la Bourgogne,* nous sentons vivement tout ce qui nous manque pour en parler comme il serait convenable. Mais peut-être ceux qui sont étrangers à une spécialité sont plus frappés que les spécialistes eux-mêmes de ce qui importe le plus, l'utilité finale de l'œuvre. Et c'est ce qui nous paraît ici très digne d'attention :

(1) Un vol. in-8°, Paris 1901.

(2) *De formulis secundum legem romanam a VII° sæculo ad XII^m sæculum.* *Revue critique*, 1891, p. 479. — *Le pouvoir temporel des évêques de Bâle et le régime municipal depuis le XIII° siècle jusqu'à la Réforme.* *Rev. crit.*, 1892, p. 54.

(3) *Le régime colonger dans la Haute-Alsace et les pays voisins*, Paris, 1893. — *Deux chartes de franchise en Dauphiné*, Paris, 1895. — *Les comtes de Bourgogne et leurs villes domaniales*, Paris, 1899.

la portée de l'étude de M. Stouff excède de beaucoup son objet.

Cet objet, c'est l'histoire d'une petite seigneurie d'Alsace, la seigneurie de Florimont, pendant un siècle environ, de 1368 à 1469. En 1368, les frères Albert et Léopold, ducs d'Autriche, engagent à Jean de Wahlbach, bourgeois de Bâle, pour 5000 florins, le château, la ville et le bailliage de Florimont. En 1469, Sigismond, duc d'Autriche, donne à Charles le Téméraire, duc de Bourgogne, le pouvoir de retirer des mains de ses créanciers, moyennant remboursement, les terres qu'il a engagées, notamment celles de Florimont. Le livre tout entier tient entre ces deux dates; et ce qui rend singulièrement intéressante l'histoire de cette petite ville pendant un court espace de temps, c'est qu'elle nous montre comment, et à l'aide de quel procédé, s'est réalisée, dans la seconde moitié du quinzième siècle, l'annexion de la Haute-Alsace à la Bourgogne. Ce procédé, c'est le contrat de gagerie.

A court d'argent, les ducs d'Autriche en empruntent à leurs vassaux (1) et donnent en gage certaines de leurs possessions : l'engagiste acquiert la jouissance du domaine jusqu'au paiement de ce qui lui est dû. Ainsi les ducs qui conservaient leur suzeraineté se trouvaient en même temps réduits à la condition d'obligés : un conflit allait résulter de la contradiction de ces deux qualités difficiles à concilier. Et c'est la seconde qui devait insensiblement effacer la première. La suzeraineté devenait nominale ; l'engagiste se comportait en maître, traitait comme siennes les terres engagées, les exploitait, en tirait tout ce qu'elles pouvaient donner. Le débiteur sentait l'impossibilité de se libérer, s'habituait à considérer comme perdus pour lui les domaines dont il était dépossédé. Les gageries préparaient ainsi l'abandon de l'Alsace et l'époque approchait où les princes de la maison d'Autriche écouteraient avec complaisance les propositions du duc

(1) Ce n'était pas forcément à leurs vassaux que les ducs engageaient leurs seigneuries. C'était aussi à leurs fonctionnaires ou même à des gens qui ne leur étaient rien, ni vassaux ni sujets, comme Jean de Wahlbach. Mais, quelle que fût la condition de l'engagiste, *le contrat de gagerie avait toujours pour effet de le rendre vassal de l'emprunteur*. (V. dans le livre de M. Stouff le chapitre sur le contrat de gagerie, p. 71, n° 1, 2 et 3.)

de Bourgogne, Charles le Téméraire, désireux de leur acheter leurs droits. Cette cession était consentie implicitement par le traité de Saint-Omer, et formellement par une convention spéciale portant la même date que le traité (9 mai 1469). Le duc de Bourgogne devenait ainsi l'ayant-cause des ducs d'Autriche et prenait aussitôt les mesures nécessaires pour effectuer le rachat et reprendre les domaines engagés. Les engagistes se trouvaient à peu près dans la situation d'un acheteur à réméré, qui a cru faire une opération avantageuse, ayant acheté à vil prix, et se voit tout à coup obligé de subir le rachat (1). Déçus dans leur espérance, ils regrettaient leur ancien maître plus faible et plus débonnaire, et après avoir supporté impatiemment le gouvernement des Habsbourg, s'efforçaient de le restaurer.

L'étude de M. Stouff nous donne l'explication de toute cette série d'evénements. Elle est suivie d'une importante publication de pièces justificatives, soixante-quatre documents manuscrits dispersés dans un grand nombre de dépôts d'archives de France, de Suisse et d'Autriche, où l'auteur les a recueillis.

Pour mener à bien un pareil travail, il ne suffisait pas d'avoir les qualités ordinaires d'un historien, l'art de composer, une parfaite connaissance des sources : il fallait être aussi un juriste exercé. Il est naturel que nous signalions ici, de préférence, ce qui intéresse l'histoire du droit : l'analyse du contrat de gagerie, œuvre des praticiens, mélange compliqué de droit romain et de droit féodal (2), l'étude détaillée des stipulations contenues dans les lettres de mariage de Léopold le Superbe et de Catherine de Bourgogne (3) Pour nous montrer comment se faisait alors la fortune d'une famille noble, M. Stouff nous trace en quelques traits sobres, mais saisissants, le portrait de Thierstein, les engagistes de Florimont (4). Nous les voyons d'abord avoués des églises, les

(1) Le contrat de droit privé a souvent servi et sert encore à faciliter, parfois même à réaliser de vraies conquêtes. Ne voyons-nous pas, aujourd'hui, un Etat cautionné par un autre, la Chine émettant certains emprunts avec la garantie de la Russie? La gagerie fait aussi songer à ces *baux de territoires* qui ne sont, en réalité, que des annexions déguisées.

(2) P. 68-75.

(3) Pièces justificatives, p. 7-18.

(4) P. 58-68.

protégeant, et les exploitant, — poursuivant plus tard d'autres gains, recherchant les fiefs et les offices, clients de l'évêque de Bâle et des ducs d'Autriche, capitaines dans la ligue des nobles, mais ne dédaignant pas de compter parmi les « combourgeois » de Bâle, — fourbes et violents, mais chevaliers quand même, courageux, toujours prêts à risquer leur vie. M. Stouff, pour les juger, a su faire revivre autour d'eux le monde dans lequel ils vécurent : « Il faut se les figurer, nous dit-il (1), au milieu de ces dures populations de l'Alsace et de la Suisse, bourgeois altiers, sensibles à l'outrage, prompts à la riposte et à la révolte, têtes de fer, aussi insensibles à la crainte et à la pitié que les nobles ; oligarchies plébéiennes des grandes villes, soupçonneuses, cultivant la délation, tyranniques et froidement cruelles ; bourgeoisies opulentes de marchands menant la guerre commercialement, visant aux rançons des prisonniers ennemis, opposant à de riches chevaliers des mercenaires sans valeur pécuniaire et spéculant sur la différence entre les rançons qu'elles recevraient et celles qu'elles pourraient avoir à payer pour leurs propres soldats. »

J. CHARMONT.

Le Gouvernement parlementaire en Angleterre,

Par M. A. Todd, traduit sur l'édition anglaise de Spencer Walpole. Compte-rendu par M. Emile Bouvier, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Lyon (2).

MM. Boucard et Jèze poursuivent activement la publication de leur « Bibliothèque internationale de droit public » ; ils ont fait paraître le tome II du traité de A. Todd sur « le Gouvernement parlementaire en Angleterre ».

J'ai parlé précédemment du tome Ier (3) ; les observations présentées sont toujours vraies. Le livre comprend toujours une série d'analyses sur une infinité de points de détail ; il rappelle

(1) P. 67.

(2) *Bibliothèque internationale de droit public*, publiée par MM. Boucard et Jèze : Le *Gouvernement parlementaire en Angleterre*, par A. Todd, traduit sur l'édition anglaise de Spencer Walpole, avec une préface de M. Casimir-Périer, t. II, 1900.

(3) V. la *Revue* du 15 mai 1900, p. 317.

tous les précédents sur chaque question; il cite une multitude de faits; il montre en un mot une connaissance approfondie du système parlementaire chez l'auteur. Mais c'est aussi le même désordre dans la disposition des développements. Toutes les questions sont mêlées, enchevêtrées, confondues : une idée est citée, puis abandonnée, reprise ensuite, confirmée plus loin; des principes fondamentaux apparaissent au milieu d'anecdotes, d'incidents parlementaires, énoncés à l'occasion d'un petit fait; les sujets les plus divers sont abordés les uns après les autres sans que le lecteur se rende bien compte du motif qui les rapproche. L'absence de plan est manifeste.

En voici un exemple. A. Todd insiste particulièrement sur le rôle et les fonctions du premier ministre. Il en avait déjà parlé dans son premier volume, et l'on pouvait croire la question réglée. Mais pas du tout : il y revient dans ce second volume, et à plusieurs endroits. Il montre quelle situation remarquable il occupe dans le cabinet (p. 17), son contrôle perpétuel sur ses collègues (p. 7, 9, 19, 26, etc.). Plus loin, il indique la manière dont il est choisi (p. 174, 177) ou dont il choisit lui-même ses collaborateurs (p. 177, 446, 449). Ailleurs encore, il le signale comme intermédiaire des communications entre les ministres et la couronne (p. 22). C'est au début du livre qu'il s'occupe de la manière dont il est choisi (p. 174, 177); c'est à la fin qu'il indique qui peut être nommé à cette importante fonction (p. 447). Il y avait là une théorie des plus importantes à construire, la théorie des fonctions de premier ministre, mais tous les éléments en sont épars d'un bout à l'autre de l'ouvrage.

On pourrait faire les mêmes remarques sur les pouvoirs de la couronne, sur la question des finances, sur la conduite de la politique étrangère et sur bien d'autres points dont l'exposé est scindé en multiples fragments.

A ces vices de méthode il convient d'ajouter un autre trait qui se retrouve dans une grande partie de la littérature juridique anglaise.

Chez les auteurs anglais on aperçoit le plus souvent l'énumération d'une multitude de faits, l'accumulation des citations d'événements. Mais rarement ils dégagent le principe général, la « norme », la règle de droit véritable. Pour la solution d'une

difficulté, ils recherchent les précédents, les faits; ils s'efforcent de trouver le fait qui se rapproche le plus du fait actuel à élucider et à discuter. On comprend combien cette façon de procéder est contraire à l'esprit scientifique. Ils ne savent pas rattacher un fait à des principes généraux. Ils arrivent ainsi à reconnaître dans les événements une certaine conformité. Pour eux les faits se ressemblent beaucoup les uns aux autres, ou *doivent* se ressembler, c'est-à-dire que si telle chose a été jugée, on devra juger la même chose dans des circonstances identiques, ou simplement analogues. On a pu reprocher quelquefois aux Allemands d'être systématiques à outrance, de construire des théories *à priori*, de suivre logiquement une idée dans ses développements rigoureux. Mais on peut dire par contre que les Anglais se placent à l'antipode de cette conception, et qu'ils négligent par trop à la fois la méthode et le côté véritablement scientifique des théories.

Prenons, par exemple, ce traité si remarquable à bien des points de vue, il faut le dire, de A. Todd, sur le *Gouvernement parlementaire*. Il n'y a là que les éléments d'un travail : ce sont des documents assemblés pour faire un livre; ce n'est pas le livre lui-même. Quel excellent ouvrage on composerait, en classant d'abord tous ces matériaux dans un ordre rationnel, en cherchant ensuite à dégager des principes et en y rattachant les faits, à la fois pour éclairer les principes et pour expliquer les faits!

C'est une œuvre qui reste à réaliser. Elle serait d'autant plus facile que les matériaux sont précisément tout trouvés et mis à la portée de ceux qui voudront s'en servir. Ici apparaît le mérite de MM. Boucard et Jèze et de leur élégante traduction. Les critiques sur le plan, la méthode et le défaut d'esprit scientifique sont pour les auteurs Anglais, A. Todd et Spencer Walpole; les éloges, et ceux-là sans restriction, vont à l'adresse des traducteurs. Ils ont placé à notre disposition une œuvre des plus utiles. A cette époque de droit comparé, de recherches internationales, de synthèses des diverses législations, nous avons besoin de connaître les productions étrangères, au moins les productions capitales, et de les consulter le plus rapidement et le plus facilement possible. Avant de faire de la législation comparée, il faut apprendre les législations différentes, et quelle que soit la con-

naissance qu'on puisse avoir de l'anglais, de l'allemand, de l'italien, etc., une bonne et solide traduction comme celle qui nous est présentée sera d'une utilité hors de contestation. Les entreprises comme la publication de la « Bibliothèque internationale de droit public » sont donc précieuses et doivent être encouragées, et nous attendons la suite des traductions annoncées (1).

EMILE BOUVIER.

L'accession du Japon au Droit des gens européen,

par le baron Alexandre DE SIEBOLD.

Traduction française de MM. DAGUIN, docteur en droit, associé de l'Institut de Droit international, et Salomon MAYER, ancien professeur de droit à l'Université de Vienne.

Compte-rendu par M. L. GUÉRIN, docteur en droit, chargé de conférences à la Faculté de Droit de Paris.

De tous les États de l'Extrême-Orient, le Japon est, jusqu'à présent, le seul qui paraît s'être ouvert franchement et sans arrière-pensée à la civilisation européenne. Par d'incessants efforts, il est parvenu à se l'assimiler et a su accomplir en quelques années une évolution que les habitants du bassin de la Méditerranée ont mis des siècles à réaliser.

Cette transformation rapide devait entraîner une importante conséquence dans les rapports du Droit public : l'admission de cet État sur un pied d'égalité avec les peuples civilisés. Du moment où toutes les garanties désirables étaient offertes à leurs nationaux, les nations européennes se trouvaient dans l'obligation morale de consentir à la modification des règles qui avaient antérieurement régi les relations diplomatiques. Leur intérêt était d'accord avec le sentiment, puisqu'en échange de l'abrogation des conventions consulaires, il leur était offert d'ouvrir libéralement aux étrangers l'intérieur du pays et de les admettre à se livrer à toutes les opérations et entreprises autorisées par des lois calquées sur celles des pays civilisés.

(1) Au moment où s'imprime cette notice, la « Bibliothèque internationale de Droit public » s'enrichit des ouvrages suivants : Wilson (W), *Le Gouvernement congressionnel*; — Laband (P.), *Le Droit public de l'Empire allemand*, t. I; — Bryce (J.), *La République américaine*, t. I. La *Revue* en rendra compte prochainement.

L'évolution qui devait permettre aux représentants de l'empire du Japon de siéger à côté de ceux des États européens, a son point de départ en 1868, au moment de la chute du Shogounat et de la restauration du pouvoir impérial. A cette époque, la situation des étrangers était régie par divers traités de commerce, notamment ceux de 1854 avec les États-Unis, de 1858 avec la Grande-Bretagne et la France, de 1861 avec la Prusse. Il en résultait dans les procès criminels et les instances civiles autant de systèmes judiciaires que d'États représentés au Japon, c'est-à-dire une quinzaine environ. Un commerçant japonais, en relations d'affaires avec les Européens, pouvait se trouver appelé devant 15 tribunaux consulaires différents, employant autant de langues, mettant en pratique un nombre égal de systèmes de procédure. Le consul, choisi le plus souvent parmi les négociants étrangers, ne possédait que des connaissances juridiques insuffisantes pour rendre un jugement dans une question compliquée; et bien heureux le plaideur japonais, quand ce consul n'était pas, à cause de sa profession, un concurrent en même temps qu'un juge. Joignez à cela la quasi-impossibilité où se trouvait le Japonais de suivre son adversaire devant des tribunaux d'appel situés en Europe (à Leipzig, par exemple, pour les Allemands).

Les premières tentatives faites pour apporter une modification à cet état de choses remontent à l'année 1877. Le 3 mars de cette année, le Japon adhéra à la convention de Berne de 1874. Cette adhésion rendait déjà inutile le maintien des bureaux de poste français, anglais et américains dans les ports ouverts aux étrangers. La brèche était ouverte. En 1878, on voit le Japon figurer comme partie contractante dans l'Union postale universelle; de même en juillet 1879, dans la Convention internationale télégraphique.

Ainsi le Japon avait su s'introduire dans le concert diplomatique européen par une porte dérobée. Il ne lui restait plus qu'à prouver par des réformes opportunes, qu'il était en état de réclamer l'égalité des droits sur le terrain de la civilisation et par suite, d'entrer dans ce concert par la grande porte.

Il fallut encore vingt années de réformes intérieures et de négociations diplomatiques, la confection et la promulgation de Codes

adaptés aux récentes nécessités du Droit pour obtenir ce résultat et aboutir à l'ouverture de l'Empire tout entier au commerce et au trafic internationaux, aux conditions générales consacrées par le droit des gens.

C'est l'histoire de ces négociations ainsi que celle des événements qui les ont précédées et rendues possibles que M. de Siebold a retracé dans une suite d'articles publiés par la revue *Ost. Asiend* sous le titre : *Der Eintritt Jaapans in das Europaische Volkerrecht.* Personne n'était plus qualifié que M. de Siebold pour retracer cette histoire. Fils aîné du célèbre explorateur du Japon, ayant dès sa treizième année suivi son père dans ce pays, M. de S. y a rempli successivement d'importantes fonctions, soit dans la diplomatie, soit dans l'administration. Aussi le travail qu'il a publié est-il des plus attachants. Il contient le tableau de ce qu'était le Japon sous le Shogounat, avant la restauration du gouvernement impérial, le récit détaillé des réformes apportées dans l'ancienne organisation, des négociations qui ont amené ce grand empire d'Extrême-Orient à prendre place parmi les puissances civilisées. Il constitue un document de premier ordre pour un événement qui peut avoir tant d'influence dans l'avenir sur l'histoire du monde.

On doit donc de vifs remerciements à M. Fernand Daguin, l'éminent secrétaire général de la Société de Législation comparée et à M. Mayer qui ont fait passer dans notre langue cet important document. Leur excellente traduction, très claire, enrichie de notes précieuses, est d'une lecture attachante ; elle est complétée d'une manière très heureuse par le texte du traité de commerce et de navigation signé le 4 avril 1896 entre la France et le Japon. A tous égards, ce travail est à signaler aux jurisconsultes qui s'occupent de Droit public, ainsi qu'aux personnes que préoccupent les problèmes de l'histoire contemporaine et surtout cette question d'Extrême-Orient que les événements d'hier ont mise brusquement au premier plan des préoccupations de l'heure présente.

L. GUÉRIN.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. - Imp F. PICHON, 24, rue Soufflot.

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE CIVILE

ÉTAT ET CAPACITÉ DES PERSONNES

(Décisions publiées en 1899 et 1900.)

Par M. Albert Tissier, professeur à la Faculté de droit de Dijon.

I.

Demande en divorce; demande subsidiaire en séparation de corps. (Cass. 8 janv. 1900.)

La coexistence du divorce et de la séparation de corps dans le plus grand nombre des législations donne lieu aux combinaisons législatives les plus variées. Il est des pays où, suivant leur religion, les époux doivent nécessairement, s'ils veulent obtenir la cessation de la vie commune, agir, les uns en divorce, les autres en séparation de corps, sans qu'ils aient à opter entre ces deux actions. Il en est dans lesquels les cas d'ouverture ne sont pas les mêmes : la séparation de corps peut être demandée pour des faits qui ne sauraient servir de base à une action en divorce. Parmi les législations qui donnent, sans distinguer suivant la religion ou la nature des griefs, l'option entre le divorce et la séparation, lorsqu'on est dans l'un des cas prévus par la loi, les unes font de la séparation de corps une mesure tout à fait distincte et qui ne pourra à aucun moment être transformée en divorce, les autres ne considèrent la séparation que comme une période d'épreuve, nécessairement limitée, et qui devra cesser pour être remplacée après un temps donné par la dissolution du mariage ou la reprise de la vie commune; d'autres enfin, se plaçant à un point de vue intermédiaire, plus complexe, voient dans la séparation de corps une mesure qui pourra subsister indéfiniment, mais qui pourra aussi être transformée en divorce. Parmi ces dernières législations, les unes accordent à chacun des époux le droit de demander la conversion, les autres ne l'accordent qu'à un des époux; les

unes exigent un délai avant la demande en conversion, les autres n'en exigent pas; les unes laissent aux juges un certain pouvoir d'appréciation, les autres font de la conversion un droit absolu (1). Il peut arriver, par suite, que, dans telle législation, bien que les causes d'ouverture soient les mêmes que celles du divorce, le juge puisse prononcer la séparation là où il ne prononcerait pas le divorce, la mesure à prendre étant moins grave et l'importance des griefs, s'il s'agit de sévices ou d'injures, étant d'ailleurs susceptible de bien des degrés. Il peut arriver que dans telle autre, on ne conçoive pas que la séparation soit prononcée pour des faits qui ne donneraient pas lieu à divorce; ce serait le cas du Code civil allemand dont le § 1576 porte que chaque epoux, après la séparation prononcée, peut demander le divorce

Doit-on, dans notre législation, considérer que les juges peuvent admettre la séparation là où ils n'admettraient pas le divorce? Peuvent-ils repousser une demande de conversion en disant que les faits sont suffisants pour motiver une séparation, mais insuffisants pour justifier un divorce? Peuvent-ils, après un jugement repoussant une demande en divorce, admettre une demande en séparation de corps, basée sur les faits déjà appréciés? Doivent-ils, si un époux demande le divorce et subsidiairement la separation de corps, examiner séparément cette demande subsidiaire, et peuvent-ils, en repoussant la demande principale en divorce, admettre la demande subsidiaire en séparation?

Notre jurisprudence s'est fixée dans le sens de l'affirmative sur les questions que nous venons de poser. Elle a d'abord admis que le juge saisi d'une demande de conversion, et usant du pouvoir discrétionnaire que lui donne l'art. 310, a le droit de décider que les faits qui avaient fait admettre la séparation ne sauraient justifier une dissolution du mariage (2). Elle vient de décider, abandonnant la solution contraire qu'elle avait donnée en 1886 (3), que l'époux demandeur en divorce peut demander subsidiairement la séparation et que, des griefs insuffisants pour

(1) V. Lehr, *Le mariage, le divorce et la séparation de corps dans les principaux pays civilisés*, Paris, 1899.

(2) Cass. 12 août 1885 (S. 86. 1. 193); 11 janv. 1887 (S. 88. 1. 374).

(3) Cass. 30 juin 1886 (S. 86. 1. 401).

le divorce pouvant être jugés suffisants pour la séparation, le juge est tenu de se prononcer séparément sur les conclusions principales et sur les conclusions subsidiaires (1).

Cette jurisprudence nous paraît excellente, et tout à fait conforme au bon sens et à la raison. Dans l'état actuel de notre législation, la demande en séparation de corps est sans doute ouverte pour les mêmes causes qui donnent ouverture à une demande en divorce; mais les faits, s'il s'agit du moins de sévices ou d'injures, doivent être, dans chaque espèce, appréciés par le juge qui décide s'ils sont suffisants pour justifier la mesure sollicitée; comme la séparation n'entraîne pas la dissolution du mariage, qu'elle ne peut être convertie en divorce qu'après trois ans, sur la demande d'un des époux et suivant l'appréciation du juge, il est bien évident que l'on peut considérer que telle situation motive une demande en séparation de corps, mais ne motive pas une demande en divorce; il est des faits qui rendent la vie commune impossible et pour lesquels pourtant le divorce peut paraître une mesure excessive et injuste; que cela soit peu fréquent, nous le voulons bien; mais il reste évident qu'une mesure moins grave peut être prononcée là où une mesure plus grave ne le serait pas. Pour que le juge ne pût accorder la separation en repoussant le divorce, il faudrait que la conversion de la séparation fût admise de droit, sans délai, sur la demande d'un des époux; mais tant qu'il y aura un délai de trois ans, et que le juge aura un pouvoir d'appréciation à exercer lors de la demande de conversion, il sera vrai de dire que la séparation peut être prononcée là où le divorce ne pourrait l'être. Alors même qu'on rendrait la conversion de droit après trois ans, sur la demande d'un des époux, comme la Chambre des députés l'a voté le 21 janvier 1893 (2), il y aurait toujours à espérer que ce délai d'épreuve pourrait faire cesser le désaccord entre les époux; le divorce ne serait pas prononcé pour les seuls faits ayant motive la séparation, mais parce qu'à ces faits se serait joint l'écoulement d'une

(1) Cass. 8 janv. 1900 (S. 1900. 1. 497).

(2) Le Sénat n'a admis la conversion de droit que sur la demande de l'époux qui a obtenu la séparation de corps (23 nov. 1896). La Chambre des députés ne s'est pas encore prononcée sur ce nouveau texte.

période d'épreuve de trois ans terminée sans réconciliation.

On trouve ce point de vue indiqué fréquemment dans les discussions du Code civil comme dans celles de la loi de 1884 sur le divorce. Le Conseil d'État, lors de l'élaboration du Code civil, resta longtemps attaché à cette idée que les excès, sévices ou injures ne pourraient être qu'une cause de séparation et non de divorce, sauf conversion de la séparation en divorce après un certain temps. Ce point de vue fut sans doute abandonné, mais une autre idée se retrouve à plusieurs reprises dans les délibérations, d'après laquelle, les sévices ou injures étant susceptibles de degrés, les uns pourraient suffire pour la séparation et non pour le divorce. Cette opinion reparaît encore fréquemment dans la discussion des lois de 1884 et 1886 : elle est indiquée dans le discours de Jules Simon et dans les explications du rapporteur au Sénat, M. Labiche, lors du vote de l'art. 310; elle s'est de nouveau manifestée lors de l'adoption de l'art. 239 d'après lequel le demandeur en divorce peut en tout état de cause transformer sa demande en séparation de corps. On la retrouve enfin dans le dernier rapport déposé à la Chambre des députés sur la réforme de l'art. 310; tout en demandant que la conversion soit de droit après trois ans, le rapporteur considère que la séparation de corps restera dans nos lois utile à l'époux « qui veut donner à son conjoint coupable un salutaire avertissement, sans rompre complètement le lien conjugal, et se réserver de reprendre la vie commune après un temps d'expiation (1). »

On a souvent opposé à cette opinion qui nous paraît commandée par la simple comparaison des deux mesures dans l'état actuel de notre législation, le texte de l'art. 306 : « Dans le cas où il y a lieu à demande en divorce, il sera libre aux époux de former une demande en séparation de corps. » Notre regretté maître, M. Labbé, a écrit lui-même : « Les causes alléguées sont prouvées ou ne le sont pas. Prouvées, elles entraînent pour le juge un devoir unique, celui de prononcer soit le divorce, soit la séparation de corps, selon les conclusions prises

(1) Rapport de M. Jullien (Annexe au procès-verbal de la séance du 22 février 1897).

par le demandeur. Si les causes ne sont pas prouvées, ce fait entraîne tout aussi bien le rejet des conclusions à fin de séparation de corps que le rejet des conclusions à fin de divorce (1). »

Cet argument ne nous paraît pas décisif : il repose sur une interprétation trop littérale et ne tient pas compte des autres dispositions de la loi qui impliquent l'idée, d'ailleurs nécessaire, que des faits peuvent justifier une séparation qui ne justifieraient pas un divorce. Les causes d'ouverture sont les mêmes, mais quand il s'agit de faits à apprécier, la loi ne peut empêcher que le juge, dans son appréciation, tienne compte de la gravité de la mesure qu'on sollicite : c'est la raison qui le veut, et la loi ne peut interdire au juge, chargé d'apprécier si des faits sont assez graves pour justifier telle ou telle mesure, de raisonner, et par suite d'autoriser une mesure moins grave pour des faits moins graves. M. Labbé lui-même a écrit, en étudiant le pouvoir donné au juge par l'art. 310 : « Il est difficile de croire que le législateur ait interdit aux juges, dans les limites de l'appréciation qui leur est abandonnée des faits reprochés, d'établir une différence entre une simple distension du lien du mariage qui réserve la possibilité d'une réconciliation et la dissolution radicale du mariage (2). »

Le dernier arrêt de la Chambre civile, consacrant l'opinion que nous venons de défendre, a été vivement critiqué par M. E. Naquet (3). Le savant magistrat insiste surtout sur ce que la Cour de cassation, en considérant que la séparation peut être prononcée pour des faits qui ne justifieraient pas un divorce, se met en opposition avec la volonté du législateur qui a considéré le divorce comme préférable à la séparation, avec la pensée inspiratrice de la loi de 1884, avec l'opinion publique. Nous ne le croyons pas. Sans doute, pour les cas dans lesquels aucune réconciliation n'est à espérer, le législateur a pensé, avec raison selon nous, que le divorce est socialement préférable à l'indissolubilité du mariage. Mais il y a des cas moins graves pour les-

(1) Labbé, S. 86. 1. 401. — V. aussi Saint-Marc, *Revue critique*, 1885, p. 231.

(2) Labbé, S. 86. 1. 195.

(3) S. 1900. 1. 497.

quels la séparation de corps est un remède nécessaire; d'ailleurs, la loi a laissé l'option entre le divorce et la séparation et elle a organisé celle-ci d'une façon telle qu'on est amené invinciblement à la considérer comme pouvant s'appliquer à des cas qui ne justifieraient pas d'une facon immédiate la mesure radicale du divorce. Il n'y a là rien de contraire à l'opinion publique qui n'a jamais manqué de considérer le divorce comme plus grave que la séparation (1).

II

Demande en séparation de corps formée par un époux contre qui la séparation de corps a déjà été prononcée. (Dijon, 26 juill. 1899.)

L'époux contre lequel une demande en divorce ou en séparation de corps est formée peut, de son côté, reconventionnellement ou par action séparée, selon les cas, demander le divorce ou la séparation. D'un autre côte, lorsqu'une séparation de corps a été prononcée, celui qui l'a obtenue et celui contre qui elle a été accordée peuvent, soit agir en conversion après trois ans, soit, s'ils ont des griefs nouveaux à invoquer, former une demande en divorce, sans avoir à attendre aucun délai. Mais il semble bien qu'un epoux contre qui la séparation a été définitivement prononcée ne peut plus, alleguant des faits nouveaux ou des faits anciens qu'il n'aurait pas connus lors du procès, former à son tour une demande en separation de corps. Ce n'est pas sans quelque étonnement qu'on voit la solution contraire admise par la Cour de Dijon dans un arrêt du 26 juillet 1899. D'après cet arrêt, la demande est en pareil cas recevable : elle a un interêt au point de vue des avantages consentis lors du mariage et de la garde des enfants; elle a surtout un interêt moral considerable et d'une haute portée; il n'y a pas, d'ailleurs, chose jugee; enfin, en donnant à chaque époux le droit d'agir en séparation de corps, la loi ne fixe aucun delai pour cette action et n'édicte ni forclusion, ni decheance; « rien dans la loi ne vient arrêter, suspendre ou diminuer le droit de chacun des époux à demander contre l'autre

(1) V. dans ce sens, M. Planiol, *Revue critique*, 1887, p. 710, et 1889, p. 549. — Cpr. M. Massigli, *Revue critique*, 1886, p. 215.

la séparation de corps au temps où il jugera opportun de le faire ».

Cette opinion, toute nouvelle, nous paraît bien inexacte. La demande en séparation formée par l'epoux contre lequel la séparation a été antérieurement prononcée est irrecevable parce qu'elle n'a pas d'objet : la séparation existe, il n'y a plus à la demander; la vie commune a cessé, il n'y a pas à y mettre fin. Sans doute cet époux a un intérêt évident à démontrer l'indignité de l'autre époux, à lui faire subir les déchéances que sa conduite peut comporter. Qu'il agisse en révocation de donation pour ingratitude; qu'il fasse modifier les mesures prises sur la garde des enfants; qu'il dénonce l'adultère de l'époux qui a jadis obtenu la séparation; qu'il agisse en divorce; tout cela il le peut. Mais ce qu'il ne peut faire, c'est demander une séparation qui existe déjà : un jugement de séparation ne peut se baser que sur des faits rendant la vie commune impossible et ne peut être rendu que pour la faire cesser.

Qu'on remarque bien que la séparation prononcée a créé une situation dont chaque époux peut se prévaloir. S'il dépendait de celui qui l'a obtenue de la faire cesser, on comprendrait bien l'intérêt de l'autre époux à la demander à son tour en vue du cas où le premier voudrait y mettre fin. Mais il n'en est pas ainsi. La séparation est un état de choses qui ne cessera que de l'accord des deux époux. On ne peut donc comprendre qu'une demande soit formée en vue de la faire prononcer à nouveau.

La question est tellement simple que les auteurs ne l'ont pas discutée. Demolombe seul y fait allusion incidemment pour dire : « Quand les époux sont déjà séparés par une décision judiciaire irrévocable, il me paraît tout à fait impossible que cette séparation qui existe puisse être désormais demandée (1). »

Sans doute il n'y a pas chose jugée; la demande nouvelle n'a

(1) Demolombe, *Mariage*, t. II, n° 528. — V. aussi Trib. d'Evreux, 14 mars 1895 (*Gaz. des trib.* du 27 sept. 1895). — Cpr. Paris, 12 prairial an XI. D'après cet arrêt, l'époux contre qui le divorce a été prononcé ne peut, en invoquant des faits antérieurs qu'il n'aurait pas connus lors du jugement, agir à son tour en divorce en prétendant qu'il a intérêt à faire subir à l'autre époux les déchéances qu'entraînerait contre lui un jugement de divorce.

pas été jugée. C'est sur le défaut d'objet et non sur la chose jugée qu'on doit s'appuyer pour écarter la demande : les déchéances qu'entraîne avec lui un jugement de séparation sont des conséquences accessoires et non l'objet de la demande en séparation. Et c'est là le motif décisif qui a amené la jurisprudence à repousser les héritiers d'un époux voulant poursuivre, après le décès de cet époux, un procès en séparation de corps en vue des déchéances que la séparation pourrait entraîner contre l'autre époux.

Sans doute encore, la loi n'a pas imparti de délai pour l'exercice du droit de demander la séparation de corps ; mais il n'était pas besoin de dire que ce dernier serait éteint une fois la séparation prononcée sur la demande de l'un ou de l'autre des époux. En poussant jusqu'à ses dernières conséquences l'argument qu'indique l'arrêt de Dijon, il faudrait dire qu'un époux peut, en invoquant des faits antérieurs qu'il n'aurait pas connus, agir en divorce même plusieurs années après que le divorce a été prononcé contre lui? Et même pourquoi exiger qu'il n'ait pas eu connaissance des faits par lui allégués si rien n'arrête son droit d'agir au temps où il jugera opportun de le faire?

III.

Divorce, séparation de corps, Jugements et arrêts provisoires, Exécution provisoire. (Cass. 13 déc. 1899 et 25 juill. 1900.)

Lorsqu'en matière de divorce ou de séparation de corps, le président a rendu une ordonnance contenant des mesures provisoires à prendre relativement à la garde des enfants et aux questions de pension ou de provision, que ces mesures ont ensuite été maintenues par jugement du tribunal, la Cour d'appel qui les maintient à son tour en confirmant le jugement peut-elle ordonner l'exécution provisoire de son arrêt? La Chambre civile, saisie de la difficulté, a répondu très sagement, dans son arrêt du 25 juillet 1900, qu'il n'y avait pas lieu de l'examiner et qu'elle n'avait aucun intérêt puisque, en admettant que l'exécution de l'arrêt fût suspendue par le pourvoi en cassation, l'ordonnance du

président subsisterait toujours. La Chambre des requêtes, dans un précédent arrêt du 13 décembre 1899, avait examiné la question au fond et l'avait tranchée dans le sens de l'affirmative. D'une part, en effet, d'après elle, l'art. 248 C. civ., d'après lequel le pourvoi est suspensif en matière de divorce et de séparation de corps, ne s'applique pas aux arrêts provisoires. D'autre part, les art. 238 et 240 C. civ (le premier de ces textes décide expressément que l'ordonnance du président contenant les mesures provisoires est exécutoire par provision, l'un et l'autre donnent au tribunal le droit de prendre toutes les mesures provisoires et toutes les mesures urgentes) doivent être interprétés en ce sens que toutes les décisions contenant les mesures provisoires sont de droit exécutoires par provision : « Il n'en saurait être autrement, ajoute l'arrêt, puisque, ayant pour objet de pourvoir soit aux besoins présents de l'époux qui a un domicile séparé, soit à la protection physique et morale des enfants, soit aux nécessités du procès, elles ne produiraient pas leur effet si leur exécution pouvait être suspendue par un pourvoi. » Cette argumentation dépasse de beaucoup la difficulté qui était à trancher et en aborde une autre beaucoup plus délicate.

La solution d'après laquelle les arrêts provisoires doivent s'exécuter malgré le pourvoi en cassation nous semble bien exacte : l'art. 248 C. civ. n'a voulu viser, en rendant le pourvoi suspensif, que les arrêts définitifs ou interlocutoires; sa disposition ne se comprendrait pas pour les arrêts provisoires. Mais la Chambre des requêtes va plus loin : elle admet, dans les motifs de son arrêt, que les jugements provisoires eux-mêmes seraient de plein droit exécutoires par provision, malgré l'appel qui en serait interjeté. La Cour de Paris, dans un arrêt du 21 janvier 1895, avait décidé que les jugements statuant sur la garde des enfants répondent par leur nature à des nécessités urgentes, que l'exécution provisoire peut en être prononcée et doit même l'être d'office. Nous avons, dans cette *Revue*, exprimé des doutes sur l'exactitude de la solution (1). La Chambre des requêtes est plus radicale : elle décide que les jugements provisoires sont de droit

(1) V. *Revue critique*, 1896, p. 554.

exécutoires par provision. Au point de vue des textes, nous persistons à penser que cette opinion est difficile à soutenir. L'art. 238 C. civ. n'accorde l'exécution provisoire qu'aux seules ordonnances du président; l'art. 240 n'en parle pas pour les jugements du tribunal; dès lors ne faut-il pas revenir à la règle écrite au Code de procédure? L'appel est suspensif, sauf les exceptions de l'art. 135. Or ce texte ne dit pas que les jugements provisoires, ni que les décisions urgentes seront de droit exécutoires par provision; l'art. 135 7° dit seulement que l'exécution provisoire peut être ordonnée en matière de pensions ou provisions alimentaires.

Sans doute, ces textes nous conduisent ainsi à une solution assez peu satisfaisante. Pourquoi les jugements qui modifient les mesures prises dans l'ordonnance du président ne seraient-ils pas exécutoires par provision, malgré l'appel, comme l'ordonnance elle-même? Ils sont évidemment moins urgents que celle-ci puisqu'ils interviennent après elle et qu'elle a pourvu au plus pressé. Mais enfin il paraît bien raisonnable que des mesures provisoires prises pour la durée d'une instance puissent s'exécuter provisoirement. S'il s'agissait de rédiger à nouveau les textes du Code de procédure civile, il n'y aurait pas, à cet égard, de difficulté sérieuse. Ce serait d'ailleurs revenir en partie à l'état de choses qui a existé sous l'ordonnance de 1667 (1).

Ce n'est pas la première fois, nous l'avons dit, que la jurisprudence s'écarte, sur notre question, des dispositions du Code de procédure. La Cour de cassation elle-même a admis, dans un arrêt du 2 déc. 1861, que les tribunaux peuvent, en cas d'urgence, ordonner l'exécution provisoire de leurs jugements (2). Cela peut se soutenir au point de vue d'une réforme législative; mais dans l'état actuel des textes, nous croyons encore que cette opinion est peu exacte et n'interprète pas bien la loi. Lors de la rédaction de l'art. 135 C. pr. civ., on a repoussé une disposition permettant aux juges d'ordonner l'exécution provisoire de leur jugement malgré l'appel. C'est la loi qui est mal faite et c'est elle qu'il faut changer.

(1) V. Ord. 1667, tit. XVII, art. 3, 4, 5, 11, 15; tit. XXVII, art. 8.
(2) S. 63. 1. 153.

IV.

Enfant naturel, Tutelle, Action intentée par les parents non tuteurs. (Cass. 16 nov. 1898; Paris, 17 mars 1897.)

La vieille difficulté que souleve la question de savoir si les parents d'un enfant naturel reconnu en ont la tutelle légale a enfin été tranchée nettement par la Cour de cassation. C'est la solution négative qui l'a emporté. Depuis longtemps, la jurisprudence paraissait s'orienter dans ce sens (1); et si la Chambre criminelle avait incidemment admis la thèse de la tutelle légale, la Chambre des requêtes et la Chambre civile avaient bien paru vouloir la repousser (2). L'arrêt de la Chambre des requêtes du 16 novembre 1898 est très net. Il décide qu'aucune loi n'a organisé la tutelle des enfants naturels, que l'art. 390 ne vise que la tutelle légale du survivant des père et mère de l'enfant légitime, que l'art. 383, en leur accordant expressément l'un des attributs de la puissance paternelle, paraît bien avoir refusé aux parents de l'enfant naturel l'administration légale en même temps que la jouissance légale des biens de l'enfant mineur, qu'enfin la tutelle légale ne dérive ici d'aucun principe de droit; il ne peut donc, conclut-il, être question que d'une tutelle dative déférée par un conseil de famille.

Sur le terrain de notre droit actuel, cette solution semble très sûre. Il n'y a pas de loi accordant aux parents de l'enfant naturel la tutelle de plein droit; le Code civil n'a pas réglementé cette tutelle; comment, dès lors, pourrait-on parler de tutelle légale? Comment, d'ailleurs, pourrait-on invoquer par analogie les textes qui visent le cas très différent de l'enfant légitime? Sans doute, une fois un système de tutelle choisi, on peut emprunter au Code civil des dispositions pour l'organisation et le fonctionnement de ce système; mais pour le choix du genre de tutelle à admettre, l'argument d'analogie est ici inexact; car les situations sont très différentes. Nous considérons donc la question comme definitive-

(1) V. not. Caen, 14 déc. 1896 (S. 97. 2. 37); Paris, 17 mars 1897 (S. 1901. 2. 105).

(2) V. Cass. crim. 20 avr. 1850 (S. 50. 1. 702); Cass. req. 13 juill. 1857 *Revue pratique*, 1858, t. V, p. 179); Cass. civ. 10 nov. 1896 (S. 97. 1. 321).

ment et exactement résolue. Cependant on peut exprimer le regret que la Cour de cassation, entièrement maîtresse, dans le silence de la loi, de fixer les règles de l'organisation de la tutelle des enfants naturels, n'ait pas réservé aux tribunaux civils le soin de nommer les tuteurs. Pourquoi maintenir ici l'institution du conseil de famille et laisser à un conseil de famille la désignation du tuteur? L'enfant naturel n'a pas une famille comme l'enfant légitime. Les tribunaux civils seraient mieux placés que des étrangers, avec lesquels on composera plus ou moins aisément un conseil de famille, pour chercher la personne à investir de la tutelle au cas où le père ou la mère qui a reconnu l'enfant n'en serait pas digne. Cette manière de voir qui nous paraît sage n'a jamais été admise en pratique et on a toujours appliqué à notre hypothèse, par analogie, l'art. 409 C. civ., d'après lequel, en l'absence de parents ou alliés de l'enfant légitime, on peut appeler, pour composer le conseil de famille, « des citoyens connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur ».

Ce système de tutelle dative de l'enfant naturel est-il le meilleur en législation? Une proposition de loi présentée au Sénat (1) par M. Théodore Girard attribue au père ou, à son défaut, à la mère, la tutelle légale. Bien que ce soit là le système suivi par plusieurs législations, notamment en Italie, en Portugal, en Hollande (2), nous croyons préférable le maintien de la jurisprudence qui s'est établie. L'exposé des motifs rédigé par M. Girard invoque la loi naturelle, la présomption d'affection résultant de la reconnaissance, les droits déjà conférés aux parents de l'enfant naturel par les art. 158 et 383. Mais on peut répondre que la loi naturelle exige seulement que l'enfant soit protégé et ne conduit pas à préférer tel ou tel mode de nomination du tuteur; les art. 158 et 383 se rattachent à la puissance paternelle sur la personne de l'enfant et ne préjugent rien de ce qui concerne la gestion de ses intérêts pécuniaires; quant à la présomption d'affection résultant de la reconnaissance, elle est trop souvent

(1) Annexe au procès-verbal de la séance du 13 novembre 1900.
(2) V. Gigout, *De la tutelle des enfants naturels* (Thèse), p. 83.

démentie par la réalité pour qu'on y attache une confiance excessive (1). Le mieux, si on veut établir un texte nouveau, serait de charger les tribunaux civils ou les juges de paix de la nomination des tuteurs des enfants naturels : ils ne manqueraient pas de désigner le père ou la mère s'il n'y avait pas de motif spécial de se méfier de leur gestion. Ou tout au moins, si on veut attribuer aux parents la tutelle légale, pourrait-on réserver aux tribunaux le soin de désigner, suivant les circonstances, un autre tuteur (2).

Si des parents de l'enfant naturel, quoique non investis de la tutelle, exercent une action en justice au nom de l'enfant naturel, par exemple pour demander réparation du dommage causé par un accident dont il a été victime, cette action est-elle cependant recevable? La Cour de Paris, par un arrêt du 17 mars 1897, a déclaré l'action irrecevable; mais la solution contraire, qu'elle avait admise précédemment dans un arrêt du 9 novembre 1893, a été donnée depuis par la Cour de cassation de Genève, et semble bien aussi résulter d'un arrêt de la Cour de cassation du 16 mars 1893 (3). Une distinction exacte nous paraît donnée par M. Lacoste dans la note qu'il a publiée sous l'arrêt de la Cour de Paris : les parents de l'enfant naturel ont qualité pour exercer les actes conservatoires au nom de leur enfant dont ils ont la garde; ils peuvent donc valablement former pour lui une demande en justice; mais, n'ayant pas la tutelle, ils ne peuvent suivre l'action une fois intentée : il faut qu'un tuteur soit nommé à l'enfant et vienne diriger ses intérêts; la demande ne peut donc être déclarée irrecevable; mais l'adversaire peut seulement exiger qu'elle soit régularisée par la mise en cause d'un tuteur. M. Labbé a proposé une solution analogue pour le cas où, après divorce, une action est intentée au nom de l'enfant par celui des deux parents qui n'a pas la charge de l'administration des biens (4).

(1) V. par exemple, Caen, 14 déc. 1896, précité.

(2) V. avant-projet Code fédéral suisse, art. 347, alin. 2.

(3) V. Cass. 16 mars 1893 (S. 94. 1. 304); Paris, 9 nov. 1893 et 17 mars 1897 (S. 1901. 2. 105); Cass. Genève, 28 fév. 1899 (S. 99. 4. 16).

(4) V. note Labbé, S. 88. 2. 217.

V.

Mineur, Acceptation de lettre de change, Postdate. (Cass. 15 nov. 1898 et 21 mars 1899.)

Un mineur accepte une lettre de change tirée sur lui et lui donne une date postérieure à la date de sa majorité en vue de tromper les tiers auxquels plus tard la lettre de change sera cédée. Peut-il ensuite opposer à un tiers porteur de bonne foi son incapacité? La Cour de cassation a répondu négativement en décidant que les juges du fait avaient pu considérer qu'il y avait là une manœuvre frauduleuse entraînant la responsabilité du mineur (art. 1310).

Cette solution nous paraît fort exacte, sauf à discuter sur le point de savoir si la responsabilité ici est bien née d'un délit ou si elle ne se rattache pas plutôt à un dol commis dans la formation du contrat, et dont le mineur est tenu comme d'un délit; le résultat pratique est d'ailleurs le même, qu'on se place à l'un ou à l'autre point de vue.

Une opinion différente a cependant été émise par un maître éminent, M. Thaller (1). La protection du mineur ne peut, d'après lui, être à la merci d'une formule qu'un autre a pu lui dicter; le mineur a été imprudent, la postdate n'est pas son fait; c'est le créancier qui la lui a imposée; sa faiblesse l'a fait céder, il peut opposer l'exception d'incapacité aussi bien que lorsqu'il fait une simple déclaration de majorité, cas prévu par l'art. 1307 C. civ., bien que cependant il y ait là un stratagème plus dangereux pour les tiers qui n'ont pas les moyens de découvrir la postdate.

C'est aussi le système soutenu par notre savant collègue, M. Albert Wahl (2). Il va même plus loin : il ne s'agit là pour lui que d'une simple déclaration de majorité; les tiers auraient dû se défier et prendre leurs précautions, le mineur ne peut d'ailleurs être tenu vis-à-vis des tiers porteurs alors qu'il n'est

(1) Note dans Dalloz, 95. 2. 25.
(2) Note dans Sirey, 99. 1. 225.

pas tenu vis-à-vis du premier créancier qui a participé à la fraude; admettre la responsabilité aboutit enfin à l'abandonner aux entreprises faciles des usuriers et de tous ceux qui exploitent les passions et les prodigalités des mineurs.

Nous croyons plus juridique et plus satisfaisante en morale la solution qui a prévalu en jurisprudence. Elle est plus morale, car il s'agit là, non d'une formule que le créancier a dictée, mais d'une fraude savante, perfide, dont le mineur voisin de sa majorité n'a pas pu ne pas comprendre la gravité; c'est une embûche tendue aux tiers de bonne foi sans qu'ils aient aucun moyen de l'éviter : le mineur tenu de ses délits et de ses quasi-délits, lesquels peuvent résulter d'une faute légère, doit à plus forte raison être responsable des conséquences de son dol. Juridiquement la solution est exacte, parce qu'il ne s'agit pas là de la simple déclaration de majorité : or, l'art. 1307 qui constitue une disposition exceptionnelle ne maintient, conformément à ce qu'enseignait Pothier (1), que pour ce seul cas de dol, l'exception qui protège le mineur; dès qu'il y a une manœuvre dolosive différente, le mineur est tenu : l'exposé des motifs de Bigot-Préameneu et le rapport au Tribunat de Jaubert insistent sur ce point, qu'il ne s'agit dans l'art. 1907 que d'une « simple déclaration de majorité (2) »; ici, il y a une ruse, une dissimulation spécialement dangereuse pour les tiers.

Mais revenons à la question du fondement de la responsabilité du mineur. En principe, un mineur qui commet un dol dans la formation d'un contrat, spécialement en vue de tromper sur son incapacité, est-il responsable en vertu de l'art. 1310? Nous croyons plus exact de ne pas parler ici de délit ou quasi-délit. Si on applique l'art. 1310 au mineur qui contracte et pour tous ses actes accomplis lors de la formation ou de l'exécution du contrat, ne sera-t-on pas conduit à le rendre responsable même du dommage qu'il causerait par sa simple faute? En même temps qu'il aurait l'exception d'incapacité pour se soustraire à l'exécution de son engagement, il serait soumis à une action en dom-

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 118, et *Procéd.*, n° 730.
(2) V. Locré, t. XII, p. 497.

mages-intérêts pour les conséquences de son imprudence. Cela paraît bien inadmissible. Il ne peut s'agir ici que de la responsabilité pour dol (1). Le mineur est tenu, d'une part de ses délits ou quasi-délits, d'autre part de son dol lors de la formation ou de l'exécution d'un contrat, sauf l'art. 1307 (2).

Dans notre espèce, il y a plus de doute parce que la fraude est commise au préjudice des tiers porteurs éventuels d'une lettre de change et non au préjudice de celui avec lequel le mineur contracte. On peut considérer que vis-à-vis des cessionnaires futurs que l'on veut tromper, il ne peut s'agir que de la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle (3).

Mais en matière d'effets à ordre et au porteur, on sait que les auteurs et la jurisprudence admettent volontiers que le débiteur est tenu directement vis-à-vis de chaque porteur du titre : il est considéré comme ayant contracté directement avec lui. A ce point de vue, il ne serait pas inexact de revenir, dans notre hypothèse, à l'idée de responsabilité à raison du dol dans la formation du contrat, en laissant de côté la responsabilité de l'art. 1310. La question, répétons-le, n'avait pas ici d'intérêt pratique.

ALBERT TISSIER.

LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES PATRONS ENVERS LES OUVRIERS EN CAS D'ACCIDENTS ET LA LOI DU 9 AVRIL 1898,

Par M. Léon MICHEL, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris (4).

Quelques étudiants en doctorat, anciens élèves de M. Léon Michel, ont cru devoir, en souvenir des

(1) V. cep. M. Deschamps, *Le dol et la faute des incapables* (Thèse), p. 222 et suiv.

(2) V. M. Legros, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité en cas de nullité des contrats* (Thèse), p. 20 et suiv., 163 et suiv. — Cpr. Labbé, note dans S. 86. 1. 1.

(3) Cpr. Aubry et Rau, t. IV, p. 440, § 359 *bis*, notes 53 et 54.

(4) Ce cours fut professé à la Faculté de droit de l'Université de Paris par M. Léon Michel dans l'année scolaire 1900-1901.

intéressantes leçons de ce maître si regretté, rédiger les dernières qu'il a faites. Elles se rapportent à un sujet particulièrement captivant à l'heure actuelle : La responsabilité civile des patrons envers les ouvriers en cas d'accidents; *aussi nous sommes-nous décidés, sur les encouragements de plusieurs professeurs, à les publier, hommage ému d'étudiants reconnaissants. Qu'on ne cherche pas ici la reproduction littérale de ce cours, où M. Léon Michel sut apporter toute l'élégance et toute la vivacité qui le caractérisaient et qui fut si brusquement interrompu. Nous avons cherché seulement à le reconstituer d'une façon approximative, aussi fidèlement que possible dans l'esprit comme dans l'expression, — nous efforçant avant tout de rendre le relief et la couleur qui distinguaient la parole du regretté professeur.*

G. Dereux, Léon Lyon-Caen, Ad. Pichon,
Avocats à la Cour d'appel de Paris.

L'originalité essentielle de la loi du 9 avril 1898 est dans son principe, — absolument étranger au Code civil. Le Code civil, sans doute, n'exprime plus le droit moderne tout entier : depuis 1804 bien des institutions nouvelles se sont formées pour satisfaire à des nécessités nouvelles : pour ne citer que les plus importantes et les plus fécondes, c'est ainsi que la théorie de l'inaliénabilité de la dot mobilière et celle de l'assurance sur la vie se sont créées, organisées et développées sans lui.

Mais, et c'est là un trait commun à toutes ces formations postérieures, elles ne se sont pas faites en dehors de lui. Nées après le Code, elles n'en sont pas moins nées du Code; ce sont ses principes sur lesquels elles se fondent, ce sont les institutions dont il a fixé les contours qui ont été leurs modèles; elles ne sont en un mot que les constructions annexes d'un même ensemble architectural. On sait assez, par exemple, que l'assurance

sur la vie n'est qu'une application nouvelle de l'art. 1121, et un développement plus lointain de l'antique théorie des stipulations pour autrui. — De même encore, la jurisprudence a construit le système de l'inaliénabilité de la dot mobilière sur le plan de l'inaliénabilité de la dot immobilière, et a comme moulé la première sur la seconde.

Il en est tout autrement de la loi du 9 avril 1898. Ce n'est plus une conséquence nouvelle d'un principe ancien qui s'y développe, c'est un principe nouveau qui s'y affirme, principe opposé à ceux du Code et qui est aussi le fondement de la plupart de nos lois ouvrières et sociales.

Pour voir cette originalité singulière sortir en plein relief, il faut suivre l'évolution de la jurisprudence en matière d'accidents, et déterminer l'étendue et les conditions de la responsabilité ainsi imposée au patron.

C'est sur l'art. 1382 que la jurisprudence fondait la responsabilité du patron envers l'ouvrier victime d'un accident survenu au cours de son travail, — et c'est quand ce dernier avait fait la preuve de la faute exigée par ce texte qu'elle lui accordait une indemnité. Mais, en prenant là son point de départ, elle étendait la responsabilité du patron jusqu'à ses extrémités, — non seulement aux accidents qu'il avait indirectement causés, mais encore à tous ceux qu'il aurait pu empêcher de quelque manière que ce fût : il suffisait de la seule apparence d'une faute pour fonder le droit de la victime à une réparation.

Il parut alors que la jurisprudence passait les bornes que lui imposait le principe sur lequel elle prétendait se fonder. Elle aboutissait en effet, en dernière conséquence, à créer, à côté de la responsabilité générale, une responsabilité aggravée spéciale au patron, à affirmer cette responsabilité envers ses ouvriers dans les mêmes circonstances où elle la niait si la victime était un tiers. On faisait remarquer que l'art. 1382 ne distingue point selon la qualité de la victime, et que la responsabilité qu'il édicte n'a d'autre mesure que le dommage causé. Et on concluait qu'il y avait contradiction entre le principe certain qu'on invoquait et les conséquences qu'on en voulait tirer.

Mais, bien loin de vouloir écarter ces conséquences, et, au

contraire, pour les conserver et les assurer en les fondant logiquement, on cherchait un autre principe qui pût les comprendre et les nécessiter. Renonçant à la théorie de la responsabilité délictuelle, on prétendit que la responsabilité du patron était contractuelle. C'était dès lors naturel que le patron fût tenu envers ses ouvriers autrement qu'envers des tiers, puisqu'un contrat le liait aux premiers et à eux seuls. De plus, le principe nouveau dispensait la victime de la preuve toujours malaisée de la faute du patron, et c'était une raison de plus de se ranger à cette théorie.

Soutenue d'abord par M. Sauzet (*Revue critique*, 1883, p. 596) et par M. Sainctelette (*De la responsabilité et de la garantie*), elle fut acceptée par un très grand nombre d'auteurs, par MM. Labbé (Sirey, 71. 1. 9; 85. 4. 25; 86. 2. 97; 86. 4. 1; 94. 2. 57; *Revue critique*, 1886, p. 443; 1887, p. 449; *France judiciaire*, 1887. 1, p. 32 à 43); Lyon-Caen (Sirey, 85. 1. 129; 87. 1. 209); Planiol (*Revue critique*, 1888, p. 279); Esmein (Sirey, 97. 1. 17).

C'est là un ensemble imposant, et de nature à faire hésiter la contradiction. Ce qui inquiète pourtant dès l'abord, c'est que chaque acte de foi nouveau à cette théorie lui apporte une restriction, et n'est qu'une limitation plus étroite de sa portée. Elle s'atténue, se rétrécit et s'évanouit en s'affirmant.

D'après M. Sainctelette, la responsabilité du patron est aussi simple qu'étendue : il est garant de la sécurité de son ouvrier; il doit, au terme du contrat, le rendre à lui-même en bon état. Il en est, en un mot, un peu comme de l'entrepreneur de transport qui doit livrer intacte la chose qu'on lui a confiée.

Mais bientôt des restrictions s'imposèrent : il est faux d'assimiler l'ouvrier à une chose inerte : celui-ci en effet conserve libres sa volonté et son initiative, et c'est peut-être cette initiative seule qui sera la cause de l'accident. Il n'est évidemment pas exact que le patron ait entendu garantir l'ouvrier contre des risques dépendant d'une autre volonté que de la sienne. Le patron s'engage uniquement à prendre toutes les mesures propre à préserver ses ouvriers des accidents inhérents à la nature de l'industrie, — et les termes de cet engagement sont aussi les limites de sa responsabilité.

Cette responsabilité, M. Esmein la restreint encore plus étroitement : selon lui, le patron n'est tenu que des accidents provenant d'un vice de l'outillage avec lequel il le met en contact.

Mais dès lors, — et c'est une seconde raison de ne pas se rendre à cette théorie nouvelle, — elle perd l'utilité qu'on en espérait. C'était pour ses partisans une de ses grandes supériorités de dispenser la victime de prouver la faute du patron, — et d'obliger au contraire le patron à prouver le cas fortuit ou la faute de l'ouvrier. Il en était bien ainsi dans la forme primitive et absolue que lui avaient donnée MM. Sauzet et Sainctelette : le seul fait de l'accident survenu au cours du travail emportait le droit à l'indemnité ; encore l'ouvrier devait-il tout au moins prouver que l'accident se rattachait au travail. — Il n'en est plus de même dans ses formes plus récentes et atténuées : il ne suffit plus de prouver que l'accident s'est produit pendant le travail et à son occasion ; il faut prouver le vice de l'outillage. Mais, ce vice de l'outillage, le patron eût dû le connaître et le supprimer. Prouver le vice de l'outillage, c'est donc prouver que le patron n'a pas fait ce qu'il devait : c'est prouver sa faute. Et c'est ainsi que le nouveau système par un long détour ramène nécessairement à la conséquence qu'il voulait éviter.

Inutile à ce premier point de vue, la théorie de la responsabilité contractuelle l'est encore à un second. Le système nouveau était un effort pour expliquer comment la jurisprudence peut apprécier différemment la responsabilité, selon que la victime est ou non un ouvrier. Or voilà que des arrêts récents (S. 97. 1. 117) ramènent à l'unité cette diversité et déclarent l'auteur de l'accident également responsable et dans la même mesure, quelle que soit la qualité de la victime. Et c'est le second intérêt de cette théorie qui s'évanouit à son tour.

Il paraît bien enfin qu'il ne serait pas sans danger de voir dans la responsabilité patronale une responsabilité contractuelle. Comme de tout contrat, la volonté des parties en serait maîtresse et l'exonération de toute responsabilité serait vite devenue une clause de style du contrat de travail. Il se pourrait donc, en somme, que cette théorie eût pour effet dernier de détruire ce qu'elle voulait affermir et de sacrifier ceux qu'elle voulait protéger.

Il faut donc l'écarter résolument et en revenir au système qui voit dans l'obligation du patron un cas particulier de la responsabilité délictuelle imposée par l'art. 1382.

Mais il semble que l'on soit ainsi et nécessairement ramené à la difficulté fondamentale qu'il fallait résoudre : faire de la responsabilité patronale un cas de responsabilité délictuelle, c'est limiter aussi étroitement la première que la seconde, et que penser dès lors des hardiesses de la jurisprudence? Entre le principe et les applications, il y a contradiction; un moyen s'offrait de la lever, qui était d'écarter le principe pour conserver les conséquences; on l'a repoussé; faut-il donc, à l'inverse, en conservant le principe, écarter les conséquences?

C'est ce qui a paru nécessaire à plusieurs auteurs : il leur a semblé que la jurisprudence étendait la responsabilité patronale au delà des limites que lui fixaient les règles de l'interprétation juridique. C'est ainsi, par exemple, que les arrêts n'hésitent pas à déclarer le patron responsable de sa négligence, c'est-à-dire d'actes qu'il n'a pas exécutés; or les termes de l'art. 1382 ne sauraient se plier à une pareille extension : la volonté de la loi n'est point, comme il le faudrait pour la concordance des textes et des arrêts, qu'on soit obligé de veiller aux intérêts d'autrui, mais qu'on soit obligé de ne pas léser ces mêmes intérêts; elle déclare tenu de ne pas faire celui que la jurisprudence déclare tenu de faire, et l'opposition même des termes manifeste l'opposition des points de vue.

Mais cette critique s'appuie sur une analyse insuffisante et ne porte point contre les arrêts. Sans doute, la jurisprudence invoque la négligence du patron pour établir sa responsabilité. Mais, à regarder de plus près les espèces, ce n'est jamais une abstention pure et simple qui fonde le droit à une réparation : il y a toujours au fond un acte positif, voulu et réellement accompli par le patron et dont il n'a pas su prévoir ou n'a pas surveillé les conséquences dommageables. C'est en ce sens, et en ce sens seul, qu'il y a négligence, si bien que, à prendre les choses dans leur fond, c'est toujours sur un fait que les arrêts appuient la responsabilité patronale. La jurisprudence reste donc fidèlement conforme à la loi : sans doute, la simple négligence

n'engage pas la responsabilité, à moins qu'il n'y ait obligation légale d'intervenir et d'agir ; sans doute, l'omission n'engage pas la responsabilité lorsque le fait initial n'est pas une conséquence de l'activité de la personne négligente : si quelqu'un se noie sous les yeux de spectateurs immobiles, il est clair que le mal ne provient pas directement de ces spectateurs et n'est pas la conséquence et comme la manifestation de leur activité ; aussi ne sont-ils point responsables de leur négligence à secourir le noyé. Mais il en est tout autrement lorsque le mal résulte immédiatement de l'omission même et de la négligence ; si, par exemple, on néglige d'entourer de barrières une fouille où quelqu'un tombe et se blesse, la responsabilité de l'entrepreneur ne saurait faire de doute : il est tenu des accidents qu'il aurait pu empêcher en défendant l'approche du terrain fouillé. C'est qu'il y a véritablement faute à exposer d'autres hommes à un danger sans prendre les précautions nécessaires pour les en préserver.

Il en est de même au cas du contrat de travail : le patron met ses ouvriers en contact avec un outillage qui expose à des dangers ceux qui l'approchent et le manient ; le patron n'a pas le droit d'exposer ses ouvriers à ce danger sans avoir pris les précautions nécessaires pour les préserver contre ses conséquences. Ce n'est pas là une obligation dérivant du contrat de louage : mais, en exécution de ce contrat, il s'est produit un état de fait particulier dont le patron est responsable.

Il n'y a donc pas lieu de s'attarder plus longtemps à cette objection : la négligence elle aussi est une cause de responsabilité aux termes de l'art. 1382 lorsqu'elle se fonde sur un fait positif, et lorsqu'elle n'est, à bien prendre les choses, que la prolongation même de ce fait.

Mais c'est là n'écarter qu'un premier obstacle ; et l'on se trouve en présence de la plus grave difficulté si l'on cherche à déterminer à quelles conditions la responsabilité patronale est engagée.

Selon la théorie traditionnelle, tout homme est responsable de sa faute, et non du dommage dont il est l'auteur ; la victime, pour avoir droit à une réparation, doit donc faire la double preuve du dommage éprouvé, et de la faute de l'agent. Or, si la preuve du dommage est relativement simple, celle de la faute, toujours

malaisée, reste souvent impossible, si bien que la théorie de la responsabilité délictuelle, quelque effort que l'on fasse pour l'étendre et pour la mesurer exactement aux besoins de la pratique, trouverait une limite infranchissable dans le mot « faute » de l'art. 1382 et aboutirait souvent, en dernière conséquence, à assurer l'irresponsabilité patronale.

Il ne faut pas oublier cependant que la responsabilité délictuelle telle que le Code l'a voulue et telle qu'il l'a faite, n'est pas tout entière contenue dans les termes de l'art. 1382 : elle se prolonge et s'affirme aussi dans les art. 1384, 1385 et 1386 ; et là il suffit d'être l'auteur du dommage pour en être aussi responsable.

C'est très certainement la solution donnée par l'art. 1384 pour les diverses hypothèses qu'il contient. Le lien qui y unit la responsabilité et le fait dommageable est si étroit que non seulement la victime n'est pas contrainte à prouver la faute pour fonder son droit à une réparation, — mais que, pour se libérer, l'auteur du dommage doit prouver l'impossibilité où il était de l'empêcher. Ce moyen de s'exonérer de toute responsabilité est même refusé à l'employeur.

Comment rendre compte de ce système? Il est inutile de dire avec beaucoup d'auteurs que la loi établit ainsi une présomption de faute : car cette explication n'explique rien, si la même question se pose ensuite dans les mêmes termes quelque peu différents, et s'il s'agit alors de savoir pourquoi la loi établit cette présomption plutôt que la présomption contraire. Il vaut mieux constater ce qui est : dans les cas prévus par l'art. 1384, il y a une obligation légale à la réparation du préjudice.

Il en est de même du dommage causé par un animal. Tous les auteurs l'admettent et la jurisprudence le décide. Sans doute, des arrêts, en grand nombre, notent avec soin dans leurs « considérants » que le maître n'a pas pris toutes les précautions nécessaires; mais c'est là surabondance d'arguments : le maître ou celui qui emploie l'animal ne peut échapper à la réparation qu'en prouvant la force majeure ou la faute même de la victime. C'est là la théorie classique de la jurisprudence, et chaque jour elle s'affirme avec plus de netteté (Cass. 27 oct. 1885. D. 86. 1. 207. 8 janvier 1894, D. 94. 1. 403).

Mais, si l'accord est fait sur la responsabilité du père, de l'instituteur, du commettant, ou aussi du propiétaire d'un animal, il n'en est plus de même si le dommage a été causé par une chose dont on a la garde, ainsi par l'explosion d'une machine.

On a longtemps soutenu qu'il fallait s'en tenir à l'art. 1382 : c'est là qu'est le principe auquel il faut revenir lorsqu'on est en dehors des dispositions exceptionnelles des art. 1384 à 1386. La victime doit donc prouver la faute du maître qui seule peut déterminer sa responsabilité; elle devra donc, pour fonder son droit à une réparation, prouver que la machine était mal conduite ou mal construite. Encore faut-il que le vice de construction soit apparent : alors seulement le propriétaire est en faute de ne l'avoir ni remarqué, ni supprimé, — et un vice caché vaudrait cas fortuit.

Telle fut longtemps la théorie des auteurs et de la jurisprudence. C'est elle qui s'affirme avec brutalité dans un arrêt célèbre de la Cour de Cassation (Cass. 18 juillet 1870, D. 70. 1. 361). Il s'agissait d'un accident survenu dans un lavoir et causé par une explosion; une femme blessée réclamait une indemnité : le propriétaire du lavoir se borna à affirmer qu'il y avait cas fortuit ou force majeure, sans le prouver; l'arrêt débouta la victime de sa demande pour n'avoir pas apporté la preuve de la faute du propriétaire.

L'annotateur du Dalloz se console aisément d'une telle rigueur : la difficulté qu'éprouve le défendeur à établir que la cause de l'accident est le défaut d'entretien de l'outillage ou un vice de construction correspond exactement, remarque-t-il, à la difficulté qu'éprouve le maître à prévoir l'accident et à le prévenir; dans les deux cas, c'est la science seule qui est coupable : c'est elle qui refuse à la fois et la possibilité de prévenir l'accident, et celle d'en déterminer la cause.

Nous ne partageons pas cette manière de voir : un pareil système était déplorable, aboutissant presque toujours à assurer l'irresponsabilite du maître; ce résultat était d'autant plus sûrement inévitable que, dans les hypothèses les plus fréquentes et les plus pratiques, lorsque l'accident survenu à l'ouvrier n'est qu'une conséquence de l'accident survenu à la machine, — le

vice de construction disparaît en quelque sorte en s'affirmant, et la preuve de la responsabilité devient impossible au moment même où cette responsabilité devrait se trouver engagée : et ainsi alors que le développement de l'outillage mécanique multipliait les risques, la jurisprudence venait alléger et faire évanouir toute responsabilité.

A vrai dire dans quelques arrêts déjà paraissait une conception différente. A cet égard une décision de la Cour de Bordeaux (21 juin 1859, II. 59. 2. 186) était particulièrement intéressante : il s'agissait d'un incendie allumé par les charbons échappés du foyer d'une locomotive. La Compagnie se prétendait déchargée de toute responsabilité pour avoir pris toutes les précautions prescrites par l'administration ou recommandée par la science. La Cour refusa d'admettre la valeur de ce moyen de défense : « Attendu... qu'enfin la science fût-elle quant à présent impuissante, les compagnies n'en seraient pas moins obligées d'indemniser les propriétaires incendiés : car le dommage necessaire occasionné par une industrie doit être à la charge de cette industrie. »

C'était aussi la jurisprudence constante en matière d'accidents de chemins de fer. Jamais on n'a exonéré les Compagnies de leur responsabilité sous prétexte que l'accident n'était point la conséquence d'une faute de leur part, et que le déraillement, par exemple, avait été causé par la paille d'un essieu qui s'était rompu.

Mais ce n'était là qu'une jurisprudence spéciale. Il fallut faire un pas de plus : si l'accident est survenu à un ouvrier au cours de sontravail, les exigences de la pratique obligèrent les tribunaux à écarter les funestes conséquences de l'arrêt de 1878. La difficulté était d'organiser un raisonnement juridique qui permît de fonder solidement les solutions qu'il fallait apporter.

Certains arrêts s'attachent à relever un fait minime, insignifiant, souvent même uni à l'accident par un lien singulièrement fragile, mais sur lequel on peut, sans trop choquer la vraisemblance, appuyer l'affirmation d'une faute et fonder la responsabilité du patron. Mais ce n'est évidemment qu'un expédient, et dont le premier défaut est de ne pas laisser d'être quelque peu hypocrite.

D'autres arrêts cherchent le principe de leurs décisions dans

l'art. 1386, qui détermine à quelles conditions le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine. Ils étendent cette disposition à tous les cas de dommage provenant d'une chose. Il suffit, dès lors, pour avoir droit à une réparation, de prouver le vice; les termes généraux de cet article ne font même pas de l'apparence du vice une nécessité de la preuve ou une condition de la responsabilité. Mais il est visible que c'est encore là un fondement trop fragile peur y appuyer solidement la responsabilité patronale. Si, comme on le dit, l'art. 1386 est l'expression d'un droit exceptionnel, c'est une extension certainement abusive de traiter les machines comme des bâtiments. Les résultats pratiques auxquels on est ainsi conduit ne sont pas, d'ailleurs, assez pleinement satisfaisants pour faire passer sur une pareille hardiesse : la victime a encore une preuve à faire, celle du vice, et l'on sait que le jeu même de l'outillage mécanique la rend souvent impossible, l'accident supprimant la trace du vice qui l'a causé.

Pour faire œuvre solide et durable, il fallait donc fonder ailleurs la responsabilité patronale. C'est alors que des auteurs et des arrêts songèrent à lui étendre la solution de l'art. 1384, en s'appuyant sur les mots : « ou des choses que l'on a sous sa garde ». N'est-ce point là précisément prévue la difficulté dont on cherchait ailleurs et si loin la solution? Il faut donc déclarer le patron responsable de l'accident sauf la preuve de la force majeure ou de la faute de l'ouvrier. Cette idée qui, sans faute personnelle, rend le propriétaire d'une chose responsable de tout dommage causé par elle, avait été indiquée par M. Sainctelette; elle fut admise comme théorie législative par M. Labbé (Sirey. 90. 4. 17); elle trouva des commentateurs en MM. Saleilles (II. 97. 1, 433, *Revue bourguignonne* 1894) et Josserand (*De la responsabilité du fait des choses* et D. 1900); enfin, des arrêts lui donnèrent leur adhésion (Gien, 26 avril 1888; Cassation. 16 juin 1886, D. 97. 1. 433). Mais ce qui diminue la valeur doctrinale de cet arrêt, c'est qu'il prend soin de noter que l'explosion est due à un vice de construction, si bien qu'il est malaisé de déterminer avec sûreté le fondement de sa décision : Est-ce le vice de construction, c'est-à-dire la faute? Est-ce le

principe de la responsabilité sans faute? Pourquoi relever le vice de construction si l'art. 1384 suffit? Presque à la même époque, la Chambre des requêtes écartait l'art. 1384 et affirmait une fois de plus la théorie classique (30 mai 1897, II. 97. 1. 433). L'hésitation de la jurisprudence continue (D. 1900. 2. 289).

Cet argument de texte, qui semble le meilleur de tous, n'emporta point toutes les résistances. C'est ainsi que M. Esmein, dans trois notes successives (S. 97. 1. 17; 98. 1. 65; 99. 1. 497), élève contre lui plusieurs objections.

Si l'art. 1384 a toute la portée qu'on veut ainsi lui donner, ce serait, dit-on, une innovation du Code; et comment admettre qu'elle se soit introduite sans qu'on y prît garde?

Mais il y a plus : si l'on y regarde près, il faut bien convenir que là n'est pas le vrai sens du texte. Le début de l'art. 1384 pose une formule générale; la fin de l'article en développe la première partie; mais c'est l'art. 1385 qui développe la seconde, et l'on est averti par là du sens particulier du mot « chose » : il est synonyme du mot « animal ».

Ce qui prouve à l'évidence cette interprétation, c'est que les art. 1384 et 1385 n'en formaient qu'un à l'origine; c'est donc que, même séparés, ils restent unis par un lien qu'il faut se garder de rompre, et que l'art. 1385 bien compris n'est en somme que la seconde partie de l'art. 1384.

C'est là assurément un argument extrêmement ingénieux, et s'il n'emporte pas pleinement l'adhésion, cela tient à ce qu'il n'est pas exempt de toute subtilité et à ce qu'on répugne un peu à considérer le mot « chose » comme équivalent du mot « animal ».

On soutient pourtant que les termes mêmes de l'art. 1384 suffisent à prouver que le mot « chose » ne saurait désigner des choses inanimées. On est responsable, selon ce texte, du dommage causé par le « fait » des choses. Mais qui dit « fait » dit nécessairement « action », « être animé » agissant, par conséquent; on peut parler du « fait » d'un cheval ou d'un bœuf, on ne parlera jamais du « fait » d'une machine. Il faut remarquer immédiatement le caractère un peu trop strictement grammatical de l'argument. Il est douteux que le législateur ait jamais eu de pareils scrupules de langue, et l'on se demande vraiment à quel autre

langage il eût pu avoir recours pour exprimer la même idée. D'ailleurs, il n'est pas absolument exact que le mot « fait » ne s'applique rigoureusement qu'aux êtres animés : on dit bien qu'un dommage a été causé par le « fait » d'un incendie; pourquoi ne dirait-on pas qu'il a été causé par le « fait » d'une machine? L'expression « par le fait de » n'a d'autre rôle, dans la langue, que d'indiquer le rapport de cause à effet.

Il y aurait encore, prétend-on, dans le texte compris comme on propose de le comprendre, une autre inexactitude de langage : on peut dire qu'on a un animal sous sa garde; on ne dira jamais qu'on a une chose sous sa garde. Mais cette remarque ne semble pas, elle non plus, tout à fait décisive, puisqu'on dit très correctement et tous les jours : un gardien de square, un gardien de phare, un gardien de musée, un gardien de chantier. On ne peut, d'ailleurs, s'empêcher de penser, puisqu'il s'agit ici des termes de la loi, que si elle avait voulu songer aux seuls animaux, il eût été plus simple de le dire; et le mot nécessaire n'était vraiment ni assez loin ni assez rare pour qu'on puisse admettre facilement que le législateur l'ait remplacé par le mot chose qui n'a jamais été son synonyme. Il faut avouer encore qu'il n'est pas fort singulier que le législateur n'ait point parlé expressément de l'outillage mécanique, puisque ni la vapeur ni l'électricité n'en avaient encore étendu l'emploi au point d'en faire une des conditions de la production industrielle.

C'est dans le principe de la loi qu'il faut chercher son esprit : déjà, dans l'ancien Droit, Bourjon justifiait la responsabilité du propriétaire d'un bâtiment en affimant ce principe général que l'on doit jouir d'une chose de façon à ne pas causer de dommage aux tiers. Et lors de la préparation du Code, un tribunal déclarait chacun garant de son fait.

Il est donc permis de penser, sans aller formellement contre les termes de la loi que, dans l'art. 1384, le mot « chose » comprend tout ce que le mot « personne » exclut, et que c'est aussi cet article qui détermine la responsabilité patronale. A la responsabilité subjective, on peut, en un mot, substituer la responsabilité objective. Et on sera très fortement incliné vers cette théorie, si l'on n'oublie pas que la loi ne s'interprète ni par les décisions

de la jurisprudence, ni par les systèmes de la doctrine, mais par les conditions sociales et les besoins économiques.

Seulement nous nous heurtons à une difficulté : nous voilà amené, semble-t-il, et, pour ainsi dire, acculé à une théorie incohérente : dans le cas de l'art. 1382, nous exigeons que la victime prouve la faute de la personne responsable; dans le cas de l'art. 1386, c'est-à-dire quand la ruine d'un bâtiment a causé un dommage, nous donnons la même solution ; mais s'agit-il d'appliquer l'art. 1385, en cas de préjudice causé par un animal, alors nous n'exigeons plus aucune preuve de faute : nous demandons simplement qu'on établisse un rapport de causalité entre les actes de l'animal et le préjudice causé. Pourquoi cette différence?

Il n'y a que deux manières d'aboutir à un système cohérent. On peut d'abord poser en principe que la preuve d'une faute est toujours nécessaire; comment expliquera-t-on alors l'art. 1385? En disant qu'il établit une présomption de faute. Mais on peut encore poser le principe inverse, c'est-à-dire éliminer de la théorie de la responsabilité délictuelle la notion de faute; on changera ainsi son fondement, et on la fera reposer, non plus sur l'idée d'un fait coupable, mais simplement sur celle d'un fait dommageable. Un simple rapport de causalité : voilà tout ce que la victime aura à établir, sauf à l'agent à prouver la force majeure ou la faute de sa victime. Quant à nous, nous sommes convaincu qu'il faut ici se dégager de la terminologie traditionnelle si vague, si incertaine, si incompréhensible au fond, et dire qu'on est garant non de sa faute, mais de son fait.

Qu'est-ce, en effet, que cette faute délictuelle que l'on met sans cesse en avant dès qu'il s'agit de l'art. 1382? Nous allons montrer que c'est quelque chose de tout à fait indéfinissable, une expression commode pour cacher le vague de l'idée.

Commençons par faire observer qu'il faut éliminer de l'idée de faute l'idée d'intention. Bien des jurisconsultes, à vrai dire, — et parmi eux nous nous étonnons de voir Aubry et Rau, — se refusent à les séparer : ils distinguent soigneusement le délit, qui est intentionnel, du quasi-délit qui ne l'est pas. Et pourquoi cette distinction? Parce qu'elle se trouve chez Pothier. Elle ne sert à rien; mais qu'importe! Pour certains auteurs, ce ne sont

pas les idées et les besoins d'aujourd'hui, ce n'est pas l'esprit du législateur actuel dont le jurisconsulte doit s'inspirer; pour eux, en l'an 1900, c'est Pothier qui est le maître; c'est Pothier qui légifère souverainement; c'est Pothier qui est le critérium du vrai et du faux, du juste et de l'injuste. Eh bien! malgré Pothier, nous n'hésitons pas à dire qu'en matière de délit civil l'élément intentionnel est indifférent.

N'allons-nous pas, du moins, admettre la définition de M. Planiol, qui, dans son manuel, dit que la faute est le manquement à une obligation préexistante? Ce qui nous arrête, c'est qu'alors l'art. 1382 trouvera rarement à s'appliquer. Le chasseur qui tire une pièce de gibier manque-t-il à une obligation préexistante? Non; le fait en lui-même est indifférent. Mais qu'un paysan passant près de là, et qui, lui, était caché, soit blessé, le chasseur devra des dommages-intérêts. Il est en faute, nous dit-on, puisqu'il ne s'est pas abstenu d'un fait qui a entraîné un dommage. Soit; mais alors on en revient, en somme, à dire que la faute consiste à avoir causé un dommage, on base la responsabilité sur un fait dommageable : c'est, atteinte par un détour inutile, précisément notre opinion.

Mais l'opinion adverse ne se tient pas encore pour battue. Il y a, dit-elle, dans l'idée de faute un élément moral qu'on ne retrouve pas dans l'idée de fait dommageable. Notre chasseur de tout à l'heure n'est en faute que parce qu'il a pu et dû prévoir la possibilité des conséquences de son acte. Mais alors, la faute étant ainsi comprise, il va falloir, pour apprécier la responsabilité, tenir compte de l'état mental et intellectuel de l'auteur du dommage. Idée bien singulière! Voilà que le droit de la victime à une réparation va dépendre de quoi? D'un élément purement subjectif, d'un certain état de l'esprit de l'agent!

Nous tenons une telle conception pour antijuridique. Pour nous, la victime d'un délit civil n'a qu'à prouver qu'il y a un rapport de causalité entre le fait de l'agent et le dommage qu'elle a souffert. Et, en effet, que dit l'art. 1382, dès ses premiers mots : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage... » Voilà qui est net. Il s'agit d'un fait qui cause un dommage, et non d'une faute, non d'une intention, non de

je ne sais quel obscur élément moral. Il est vrai que le mot « faute » se trouve dans la fin de l'article; mais il est renfermé dans une proposition incidente. Dira-t-on que les auteurs du Code ont cherché là à rectifier un langage inexact employé au commencement de l'article; mais pourquoi ne se seraient-ils pas tout de suite exprimés correctement? N'est-il pas plus vraisemblable qu'ils ont voulu, en cet endroit, répéter leur première idée sans répéter leur premier mot pour éviter une négligence de style?

L'opinion que nous adoptons a déjà été soutenue par M. Saleilles. Seulement, quand il qualifie la théorie classique de « théorie subjective », et celle que nous lui opposons de « théorie objective », nous devons reconnaître que cette terminologie nous paraît dangereuse. La responsabilité est toujours, dans une certaine mesure, subjective, puisqu'elle suppose toujours le fait d'un agent, c'est-à-dire d'un sujet. L'expression de « théorie objective » risquerait de faire croire qu'on peut être responsable alors même qu'on n'a été qu'un intermédiaire inerte, un simple organe de transmission, une sorte de machine. Ainsi responsabilité subjective, objective : nous garderons les idées, mais nous éviterons les mots.

Il est clair qu'on n'est pas responsable d'un accident dont on est l'auteur, quand c'est la faute de la victime qui l'a provoqué. Mais voici ce terme mystérieux de « faute », qui à nouveau se dresse devant nous; comment faut-il ici l'entendre? Toujours de la même manière : la victime est en faute quand, en réalité, l'accident est arrivé par son fait et que le prétendu auteur du dommage n'en est que la cause apparente. Et notons qu'ici on n'a jamais soutenu que la « faute » de la victime dût être une faute morale; ne voit-on pas dès lors combien notre théorie est plus cohérente que la théorie classique?

Une des conséquences caractéristiques de la doctrine que nous venons d'établir, c'est qu'on pourra exiger la réparation du fait d'un fou ou d'un enfant. Sans doute la jurisprudence n'est point en ce sens; mais, n'y a-t-il pas là un grave manque de logique? Car enfin l'on reconnaît bien que le dommage qu'un fou ou un enfant se causent à eux-mêmes rejaillit sur eux. On reconnaît bien encore qu'un tiers n'est pas tenu de réparer le préjudice

qu'il a causé au fou ou à l'infirme quand, en réalité, ce sont eux qui en sont les causes premières. Alors pourquoi ne pas leur faire toujours supporter les conséquences de leur état? Pourquoi distinguer, où la raison ne distingue pas?

Du reste, la jurisprudence semble avoir une tendance à venir à notre doctrine. — Notons cependant d'abord un arrêt curieux, en sens inverse, de la Cour de Nancy (1). Un enfant avait été écrasé par un tramway parce que les freins ne fonctionnaient pas. La Cour s'est demandé s'il n'y avait pas faute commune de la compagnie de tramways et des parents de l'enfant qui ne l'avaient pas surveillé, et elle a déclaré que ces derniers n'étaient pas en faute, parce que c'étaient des ouvriers qui ne pouvaient matériellement pas exercer une telle surveillance. Ils se sont trouvés exempts de faute en raison de leur condition sociale. Solution étrange! Comment! La responsabilité du conducteur de tramway dépendait de la condition sociale des parents de l'enfant renversé! Sans doute, cette condition sociale supprimait leur propre responsabilité morale; mais là n'était pas la question. Elle était tout entière dans la recherche de la vraie cause de l'accident (2).

D'une manière générale, nous l'avons dit, la pratique tend à se rapprocher de notre théorie, ou tout au moins il y a entre les deux une contradiction plus apparente que réelle. Sans doute, les arrêts observent le langage traditionnel; ils accordent des dommages-intérêts « parce qu'il y a eu faute », ou en refusent « parce que la faute n'est pas établie ». Mais tâchons de voir derrière les mots, les choses. Une voiture a écrasé quelqu'un; croit-on que le propriétaire, devant les tribunaux, va rester sur la défensive? Croit-on qu'il se bornera à dire : « Prouvez ma faute, et après je tâcherai de me disculper? » Nullement; si son fait est incontestable, il s'efforcera de lui-même, et sans attendre les arguments de l'adversaire, de prouver que la victime s'est jetée imprudemment devant la voiture, et qu'il allait à une allure modérée.

Ainsi, en notre matière, il ne faut pas trop s'attacher au lan-

(1) Nancy, 22 déc. 1899, D. 1900. 2. 379.

(2) Voir à ce sujet dans la *Revue critique*, 1899, p. 361, un article plein de réflexions ingénieuses de M. Emm. Lévy.

gage des arrêts. « La faute n'est pas prouvée », disent-ils; traduisez : « Il est résulté des débats la preuve d'un cas fortuit, ou d'un fait de la victime. » C'est seulement en faisant cette preuve, croyons-nous, qu'en pratique, l'auteur d'un dommage s'exonère de toute responsabilité (1).

Si maintenant, au lieu de n'user que de sa force personnelle, on emploie des forces animales ou mécaniques, la théorie va-t-elle changer? Le peut-elle logiquement? Évidemment non. Tout au plus peut-on faire observer que plus puissant est l'agent, plus grand est le danger, plus lourde la responsabilité.

Seulement il y a ici une confusion à éviter : quand le dommage sera-t-il censé causé par une personne, et quand par un animal ou une chose? Voilà qu'une personne est écrasée par une voiture attelée ou par une automobile; sommes-nous là vraiment en présence d'un dommage causé par un animal ou une chose? Nullement. Le dommage vient du conducteur qui a mal dirigé le véhicule, et c'est l'art. 1382 qu'il faut appliquer.

Le préjudice n'a réellement sa source dans l'animal ou la chose que si l'accident s'est produit sans le fait de leur propriétaire ou de leur gardien. Précisons notre idée en l'appliquant aux machines : un ouvrier est blessé ou tué par l'une de ces redoutables collaboratrices : c'est, par exemple, une chaudière qui a fait explosion. Si l'accident provient d'un vice que le patron connaissait ou pouvait connaître, tout le monde admet la responsabilité du patron. Mais supposons qu'il ne soit pas prouvé que le vice de l'appareil pouvait être connu; alors, disent certains auteurs, il y a cas fortuit; car, en droit, faute non prouvée, cela équivaut à cas fortuit. Erreur! Voyez donc ce que dit l'art. 1386. Il rend le propriétaire d'un bâtiment responsable de sa ruine, même si elle ne pouvait pas être prévue. Qu'il s'agisse de l'explosion d'une machine, la solution doit rester la même : on ne peut parler de cas fortuit que si on démontre que l'accident provient d'une force étrangère à la machine; alors seulement il y a force majeure; hors cela, il y a vice de la chose, il y a responsabilité du patron. — Mais, dit-on, la science était impuissante à démon-

(1) V. Cass. Chambre des Requêtes, 7 juill. 1898, D. 99. 1. 316.

trer le vice de la chose. — Mais elle sera peut-être capable de le faire demain. La question de responsabilité n'est pas une question de jour. D'ailleurs, n'est-il pas curieux de voir les auteurs qui repoussent énergiquement notre théorie en principe, en pratique, user d'une série de présomptions pour s'en rapprocher? Alors, à quoi bon des détours, quand on peut suivre la ligne droite? Des complications, quand on peut être simple? Quant à nous, nous adopterons définitivement cette formule comme résumant le droit commun en matière de responsabilité civile : on est responsable, abstraction faite de toute faute, du dommage que l'on a causé ou qui provient des animaux ou des choses que l'on a en sa possession. C'est d'après cette règle que nous allons examiner la loi du 9 avril 1898; nous verrons par là si cette loi n'est qu'une application détaillée et une consécration des principes formulés dans notre Code au commencement du siècle, ou si, avec le siècle finissant, nous n'assistons pas à l'épanouissement d'idées nouvelles.

De nombreux jurisconsultes ont cru que la loi sur les accidents du travail était à peu près purement et simplement une application extrême de la théorie de la responsabilité que nous avons enseignée. Nous croyons qu'il y a là une erreur absolue. Quelque rigoureuse que soit la responsabilité édictée par l'art. 1382, celle de la loi de 1898 n'a aucun rapport avec elle. D'après les principes du Code, pour qu'il y ait responsabilité, il faut qu'une certaine relation soit établie entre l'activité de l'auteur du dommage et la victime, ou entre l'action de l'animal ou de la chose et celui qui en pâtit. Dans la loi de 1898, une telle relation devient inutile. Peu importe que le patron soit absent au moment de l'accident; peu importe que l'accident vienne d'une force majeure, bien plus, peu importe qu'il vienne même du fait de l'ouvrier, le patron est responsable. La loi a abandonné le principe individualiste de l'art. 1382, ce principe qui cherche simplement à protéger le droit de chacun contre les empiètements des autres. Elle a un fondement social. Elle part de l'idée de la solidarité humaine et rend dans une certaine mesure toute la société responsable de l'accident arrivé à l'ouvrier. Seulement,

(1) Voir les deux notes de M. Esmein dans Sirey, 98. 1. 65 et 99. 1. 497.

avant de peser sur l'État, cette responsabilité pèse plus spécialement sur les industriels qui recueillent les bénéfices du travail de la victime. — D'ailleurs cette idée de responsabilité collective est étroitement unie à une idée d'assurance : le patron doit assurer l'ouvrier contre les risques de la profession. Solidarité sociale, assurance, voilà les idées dominantes et directrices de la loi sur les accidents du travail.

Nous allons maintenant voir cette loi, qui s'écarte du Code civil dans son principe, s'en écarter aussi dans tout son mécanisme. — C'est ainsi qu'elle ne s'applique pas à tous les ouvriers, à tous les accidents du travail; un groupe déterminé d'individus, un certain ensemble de cas particuliers : voilà tout le domaine de la loi; voilà les limites où elle-même s'est enfermée.

Seconde dérogation au droit commun : la loi détermine les degrés à discerner dans la gravité des accidents, et elle indique pour chaque degré le montant de l'indemnité, de telle manière que la fonction du juge se réduise à quelque chose d'aussi mécanique que possible. Il faudra désormais distinguer l'incapacité temporaire, l'incapacité permanente partielle et l'incapacité permanente absolue; et à chacune de ces incapacités correspond un dédommagement fixé à forfait.

En troisième lieu, la loi s'occupe de l'organisation de l'assurance qui doit servir à couvrir à la fois les risques de l'ouvrier et ceux du patron. L'assurance n'est pas obligatoire pour le patron; si, au moment où il encourt une responsabilité, il se trouve insolvable (il en serait de même au cas d'insolvabilité de la Compagnie d'assurance), c'est l'État qui avance la somme due à l'ouvrier. La Caisse nationale des retraites pour la vieillesse est chargée de ce service, et elle y fait face à l'aide d'un fonds spécial de garantie constitué par une addition au principal de la patente des industriels visés dans l'art. 1er de la loi. Cette intervention de l'État nous montre de la manière la plus caractéristique combien l'idée du législateur a été de faire une œuvre d'intérêt public et de justice sociale.

Ajoutons à cette idée une remarque qui s'y relie logiquement : nous avons déjà fait observer la liaison étroite de l'idée de responsabilité collective et de celle d'assurance. Or, en matière d'assu-

rance, on a besoin d'avoir à faire à des risques assez déterminés; c'est cette considération qui a fait rejeter un assez grand nombre d'amendements défendables à certains égards, mais avec lesquels la fixation des barêmes d'assurance serait devenue trop difficile.

On peut signaler dans la loi sur les accidents du travail encore d'autres dérogations au droit commun : telle cette disposition par laquelle le législateur écarte expressément les règles du Code civil relativement au domaine de la nouvelle loi. Pas plus que le patron ne peut opposer l'art. 1382 et les suivants à l'ouvrier, l'ouvrier ne peut les opposer au patron. — Et partout cette exception au droit commun souffre elle-même une exception : au cas de faute inexcusable du patron ou de l'ouvrier, les tribunaux peuvent modifier dans un sens ou dans l'autre le chiffre de la rente.

Au total, la nouvelle loi doit-elle être approuvée? Il est difficile de porter dès maintenant sur elle un jugement d'ensemble. Ce qu'on peut dire, c'est que le système des dommages-intérêts fixés à forfait ne semble pas devoir répondre tout à fait à l'attente du législateur : il a cru supprimer les procès; on ne les supprime jamais. On peut bien réglementer à l'infini les situations qui pourront se présenter; on peut bien accumuler dans la loi les distinctions, et les formules, et les chiffres; on peut bien l'allonger par un grand luxe de détails; chaque ligne nouvelle est un nouveau sujet de litige, et les procès, bien loin de diminuer, se multiplient. C'est la jurisprudence seule, en se fixant lentement, qui peut mettre un frein à tant de discussions.

Au reste, il n'y a point là quelque chose de spécial à la législation du travail: les lois nouvelles ont ce trait commun qu'elles contiennent un grand nombre de dispositions réglementaires : on veut créer un droit qui ne laisse aucune place à l'appréciation des tribunaux. — Notre droit civil prend de plus en plus la physionomie complexe du droit administratif. D'autres s'en féliciteront peut-être; nous ne pouvons, quant à nous, en constatant ce phénomène, nous défendre d'un regret du passé et d'une inquiétude pour l'avenir.

La loi du 8 avril 1898 est une loi à tendance automatique, à caractère forfaitaire. Elle prétend supprimer l'appréciation des

tribunaux en ce qui concerne le calcul de l'indemnité et la cause du dommage, espérant ainsi couper court aux procès. Les difficultés d'interprétation et les contestations auxquelles la loi nouvelle donne lieu chaque jour, montrent que la tentative a été vaine.

(*A suivre.*) LÉON MICHEL.

A TRAVERS LA COUTUME DE PARIS ET LES INSTITUTES COUTUMIÈRES DE LOISEL

Notes de Droit civil rétrospectif.
Suite (1).

Par M. Paul HENRY, professeur à la Faculté libre de droit d'Angers.

III.

DE LA DISTINCTION DES BIENS EN MEUBLES ET IMMEUBLES.

Les *institutes coutumières* disaient déjà, comme aujourd'hui l'art. 516 C. civ. : *Tous biens sont meubles ou immeubles* (2). L'art. 88 de la Coutume de Paris disait également : *En la prévôté et vicomté de Paris, il y a deux sortes et espèces de biens seulement, c'est à savoir : meubles et immeubles.*

La distinction des biens en meubles et immeubles n'était donc pas moins générale, — du moins selon le droit commun, — que dans le Code civil lui-même. Tous les biens rentraient dans l'une ou dans l'autre de ces deux catégories (3). Elle avait aussi, d'autre part, plus d'importance pratique que sous notre législation actuelle.

Outre, en effet, les intérêts qui, — à Paris du moins, — se rattachaient, comme aujourd'hui, à la possession et aux actions

(1) V. les nos de mai 1899 et de janvier 1900.

(2) Liv. II, tit. I, règle 1re.

(3) Certains pays, cependant, connaissaient, sous la dénomination de *cateux*, une catégorie de biens intermédiaire.

Le *Dictionnaire de droit et de pratique* de Claude de Ferrière faisait observer à cet égard au mot *catel* qu'en quelques coutumes on désignait ainsi « une chose qui tient le milieu entre les immeubles et les meubles ».

Il s'agissait de biens qui, quoique immeubles par nature, étaient cependant traités comme des meubles, au double point de vue de la communauté

possessoires, aux hypothèques, aux saisies, à l'actif de la communauté légale, il y en avait d'autres bien importants, concernant l'ancienne théorie des *propres de succession*, complètement étrangère aux biens mobiliers, selon cette maxime de Loisel : *Meubles ne tiennent côté ni ligne* (1).

Les immeubles seuls pouvaient rentrer dans cette catégorie de biens de famille, soumis à un régime tout spécial pour en assurer la conservation, au profit de la ligne, paternelle ou maternelle, d'où ils provenaient.

Il y avait lieu aussi, quant à la distinction des *statuts*, c'est-à-dire des lois locales qui se partageaient notre ancien territoire, d'appliquer cette autre maxime de Loisel : *Le meuble suit le corps, et l'immeuble le lieu où il est assis* (2), c'est-à-dire de soumettre les meubles à la coutume du domicile de leur propriétaire, tandis que les immeubles, — ceux du moins comportant une situation, les fonds de terre et les constructions, — étaient régis par la coutume du lieu où ils étaient situés.

entre époux et des successions : *Pro mobilibus habentur, cum tractatur de rebus communibus inter conjuges vel de successionibus* (*op. et loc. cit.*).

La Coutume d'Artois, notamment, contenait quelques textes intéressants à signaler :

« Art. 141 : *Bleds verds et autres advestures, jusqu'au my mai sont réputés héritages; et après sont réputés catheux.*

« Art. 143 : *Bois à coupe ordinaire est réputé immeuble et d'héritage, s'il n'est ameubli et coupé; mais blancs bois non séans à coupe ordinaire sont réputés catheux.*

« Art. 144 : *Granges, estables et mareschaussées sont catheux; mais maisons manables, chasteaux, ... fours et colombiers sont héritages.*

« Art. 147 : *L'héritier succédant les manoirs... et autres héritages peut avoir et retenir les granges, mareschaussées et autres biens réputés catheux, en payant à l'héritier mobiliaire à qui elles appartiennent, la valeur et prisée d'icelles.* »

Mais le droit commun et spécialement la Coutume de Paris ne renfermait rien de semblable.

Charondas (Le Caron), en annotant la *Somme Rurale* de Bouteiller, disait déjà : « Des cateulx on ne parle plus en France, où il n'y a que deux sortes et espèces de biens, à sçavoir les meubles et immeubles desquels il est traité au *Grand coutumier* en la *Coutume de Paris*, et autres.

(1) *Instit. cout.*, liv. II, tit. I, règle 12.

(2) *Inst. cont.*, liv. II, tit. I, règle 13.

La Coutume de Paris se posait, dans un titre spécial, la question de savoir *quels biens sont meubles et quels immeubles.*

« Ce titre, remarquait Brodeau (1), établit la division des choses ou des biens meubles et immeubles, n'y ayant en la Coutume de Paris que ces deux sortes et espèces de biens seulement, ce qui comprend non seulement les choses ou droits corporels, mais aussi les incorporels; le mot *immeuble* est plus général et plus équivoque que celui de fonds ou héritage; tout héritage est immeuble, mais tout immeuble n'est pas héritage : l'héritage est une chose réelle et corporelle (qui saute aux yeux, comme l'on dit en commun proverbe) de sa nature et dans sa propre substance; car une chose peut bien être immeuble par fiction... »

Nous relèverons donc, dans ce même titre, deux sortes de dispositions : les unes, concernant les biens corporels, qui ne faisaient, pour ainsi dire, que consacrer l'œuvre de la nature elle-même, et les autres, constituant, pour les biens incorporels, des fictions légales.

Sur le premier point, nous ne rencontrons que des règles nécessairement bien simples.

Notons tout d'abord cette distinction de l'art. 90 : *Ustensiles d'hôtel qui se peuvent transporter sans fraction et détérioration sont réputés meubles; mais s'ils tiennent à fer et à clous* (2), *ou sont scellés en plâtre, et sont mis pour perpétuelle demeure, et ne peuvent être transportés sans fraction et détérioration, sont censés et réputés immeubles.*

Cette attache matérielle à une construction, elle-même incorporée au sol, ne permettait pas, en effet, d'en séparer les objets ainsi fixés.

Mais les commentateurs se montraient plus faciles : ils admettaient l'immobilisation *des ustensiles d'hôtel* par simple affectation intellectuelle ou destination.

Nous lisons notamment dans le commentaire de Claude de Ferrière et Sauvan (3) : « Les meubles qui sont *destinés* pour l'usage de l'immeuble, et qui y sont mis et qui y ont été apportés

(1) *Comm. de la Cout. de Paris*, sur la rubrique de ce titre.
(2) Joignez, *Instit. cout.*, liv. II, tit. I, règle 9.
(3) Sur l'art. 90 précité.

pour perpétuelle demeure... *quoique non attachés à l'immeuble*, sont réputés immeubles, comme sont les ornements, parements, et les livres servants et destinés pour l'usage perpétuel de la chapelle d'un château, comme il a été jugé par un arrêt cité par les commentateurs. » Brodeau en disait autant pour « les artilleries, fauconneaux, canons, arquebuses à croc, poudres, balles... et autres engins et munitions de guerre qui sont mises pour tuition ou défense, fortification et conservation de la maison (1) ».

A la distinction de l'art. 90, l'art. 91 en ajoutait une autre, qui se justifie également d'elle-même : *Poisson étant en étang ou en fossé est réputé immeuble, mais quand il est en boutique ou réservoir, est réputé meuble.*

Les *institutes coutumières* cessaient cependant de confondre les poissons d'un étang avec l'immeuble qui les renferme, *après trois ans, ou la bonde levée* (2)..... La pensée de cette maxime se conçoit aisément : le moment de l'échéance de la pêche étant arrivé, ou l'étang ayant commencé à être vidé pour l'effectuer, les poissons étaient déjà considérés comme ayant une existence propre, distincte et, dès lors aussi comme échappant au principe qui impose à l'accessoire la condition du principal.

L'art. 92 faisait enfin cette troisième distinction, non moins plausible que les précédentes : *Bois coupé, blé, foin ou grain soyé ou fauché... est réputé meuble; mais quand il est sur pied, et pendant par racine, est réputé immeuble.*

On étendait cette solution aux fermages d'un bien rural, en leur assignant le sort de la récolte elle-même, dont ils étaient censés la représentation. Le commentaire précité de Claude de Ferrière, notamment, portait, en ce sens : « Pour ce qui est de la pension convenue pour une ferme, elle est réputée meuble quand les fruits sont coupés et perçus. »

Cette ancienne distinction de deux espèces de fruits civils n'existe plus, — on le sait, — qu'à l'état de souvenir, et les complications pratiques qu'elle soulevait ne permettent pas de la regretter.

(1) Sur l'art. 90, *Cout. de Paris*, not. voyez aussi Bourjon, *Droit commun de la France* liv. II, tit. I, ch. V, sect. III.

(2) Liv. II, tit. I, règle 7e.

Notre texte en appliquant la règle romaine *fructus pendentes pars fundi videntur*, ne se préoccupait pas de l'époque de la récolte, pas plus que l'art. 92 ne tenait compte de celle de la pêche pour les poissons d'un étang.

Les institutes de Loisel y ajoutaient encore cependant ce tempérament (1) : *Toutefois en beaucoup de lieux, foins à couper après la mi-mai, blés et grains après la Saint-Jean... et raisins à la mi-septembre sont réputés meubles.*

II. — L'application de la distinction des meubles et des immeubles aux biens incorporels nous offre tout d'abord une première règle, toujours subsistante : *Cédules et obligations faites pour sommes de deniers, marchandises ou autres choses mobilières sont censées et réputées meubles.*

Brodeau la justifiait ainsi : « L'action, disait-il, se détermine et se spécifie, et se qualifie par la nature de l'objet auquel elle s'attache et de la fin où elle aboutit (2). » Quelle que fût donc la nature du titre du créancier, qu'il constituât une *cédule*, c'est-à-dire « une écriture de main privée (3) », ou une *obligation*, « acte public passé devant notaire (4) », la nature mobilière de l'objet dû faisait, — comme aujourd'hui, — attribuer le même caractère au droit des créanciers, quel qu'en fût d'ailleurs le montant. On n'avait d'ailleurs nul égard pour les *obligations* à l'hypothèque générale tacite qui leur était jadis affectée « sur tous les biens de l'obligé, du jour et date d'icelles (5) ». L'accessoire ne pouvait en effet modifier la nature du principal.

L'importance de certains biens incorporels, dans les anciens patrimoines, leur fit cependant attribuer par notre coutume, comme par une véritable fiction légale, le caractère immobilier : Deux textes doivent, à cet égard, attirer notre attention : l'art. 94 relatif aux rentes constituées, et l'art. 95 concernant les offices vénaux.

(1) Liv. II, tit. I, règle 6e.
(2) Sur l'art. 89 de la *Cout. de Paris.*
(3) Brodeau, *loc. cit.*, n° 1.
(4) Brodeau, *loc. cit.*, n° 2.
(5) Brodeau, *loc. cit.*

A. — *Rentes constituées à prix d'argent*, portait l'art. 94, *sont réputées immeubles jusqu'à ce qu'elles soient rachetées; toutefois au cas que celles qui appartiennent à mineurs soient rachetées pendant leur minorité, les deniers du rachat... sont censés de même nature et qualité d'immeubles, qu'étaient les rentes ainsi rachetées, pour retourner aux parents du côté et ligne dont lesdites rentes étaient procédées.*

Les rentes constituées forment, on le sait, comme le prix de l'aliénation d'un capital, d'une somme d'argent. Elles étaient, sous notre ancien droit, d'un usage très fréquent, comme tenant lieu du prêt à intérêt, alors interdit comme usuraire : « Les rentes constituées à prix d'argent, disait Brodeau, composent le bien le plus commun des habitants des villes, et qui tombent le plus fréquemment et le plus facilement dans le commerce (1). »

A la différence des sommes empruntées, le capital d'une rente constituée n'était jamais exigible, mais seulement remboursable, au gré du débiteur de la rente. Loisel (2) signalait très bien cette ancienne caractéristique de la rente constituée : « *Usure*, disait-il, est quand nous baillons argent à intérest et profit, lequel toutefois nous pouvons retirer quand il nous plaist. *Rente* est quand ayant baillé nostre argent, à quelque profit nous ne le pouvons jamais retirer, ainz seulement est au pouvoir du débiteur de s'en decharger, quand bon lui semble. »

Mais cette différence essentielle, en rendant ainsi la condition du débiteur singulièrement préferable à celle d'un emprunteur, ne pouvait évidemment justifier le caractère immobilier attribué à cette rente par notre art. 94 et refusé à la *cédule* et à l'*obligation* par l'art. 89.

Il aurait été évidemment plus logique de confondre les deux hypothèses et de dire indifféremment, dans l'un et l'autre cas, qu'un droit ayant pour objet de l'argent comptant, chose essentiellement mobilière, ne peut être lui-même que mobilier. Telle était bien, en effet, la solution suivie dans les pays de droit écrit.

La solution contraire de l'art. 94 de la Coutume de Paris, si

(1) Sur l'art. 94 de la *Cout. de Paris.*

(2) *Opuscules*, p. 129.

elle n'était pas admise par toutes les coutumes, — partagées à cet égard, — formait, cependant, le droit commun des pays coutumiers. Les *institutes coutumières* confondaient les *rentes foncières et constituées* dans la même énumération des biens immeubles (1).

Une pareille assimilation était loin toutefois de s'imposer. Le caractère immobilier de la rente foncière, — telle qu'on l'envisageait autrefois, — ne pouvait faire de doute. La rente foncière portait bien alors son nom : c'était un véritable droit foncier, retenu sur l'immeuble aliéné, en échange, et qui en demeurait « chargé et redevable, et non la personne du débiteur constituant ». Ce droit réel et foncier ne pouvait être qu'immobilier, comme le bien même, sur lequel il portait.

Mais aucune considération analogue ne pouvait être invoquée en faveur de l'immobilisation des rentes constituées.

Pothier invoquait à l'appui de la solution légale l'analogie existant entre les arrérages d'une rente constituée et les fruits d'un immeuble, se renouvelant périodiquement, sans jamais épuiser la substance de la chose (2).

La fiction de l'art. 94 nous semble s'être plutôt inspirée d'un autre motif. Nous l'emprunterons à Bourjon qui, pour expliquer cette immobilisation des rentes constituées, disait (3) : « C'est nature légale et *prudence de sa disposition, vu leur importance.* » La coutume a voulu faire bénéficier cet élément si important des anciens patrimoines du régime immobilier, c'est-à dire des règles veillant à la conservation des biens de famille, et qui demeuraient étrangères aux meubles, considérés comme une sorte de matière négligeable, selon le vieil adage traditionnel *res mobilis, res vilis.*

C'est ainsi notamment que les rentes constituées possédées par les époux lors du mariage, ou qui leur étaient ensuite échues par succession, ne tombaient pas dans la communauté, et que, dans la succession du créancier, elles étaient comprises parmi les *propres*, ou biens de famille quand elles avaient été elles

(1) Liv. II, tit. I, règle 2e.
(2) *Des choses*, § 2.
(3) *op. cit.*, liv. II, tit. I, ch. I, sect. III, n° 10.

mêmes acquises par le *de cujus* par succession et étaient, en conséquence, attribuées aux *lignagers*, c'est-à-dire aux successibles de la ligne à laquelle elles appartenaient (1).

Notre texte ajoutait : « *Jusqu'à ce qu'elles soient rachetées* ». Les rentes constituées étaient essentiellement rachetables, comme le proclamait cette maxime des *institutions coutumières* « *Rentes constituées à deniers sont rachetables à toujours* (2) ».

Or, le rachat opéré, les sommes qui en provenaient, du moins, n'avaient pas le caractère immobilier qui était fictivement attribué à la rente éteinte, « quand bien, disait Brodeau (3) les deniers du rachat se trouveraient en existence et les sacs étiquetés dans le cabinet du créancier »; et elles passaient aussi, dès lors, dans sa succession aux héritiers des meubles.

Une exception fut cependant apportée à la règle générale en faveur des héritiers aux propres d'un crédirentier mineur. On craignit que le tuteur ne se prêtât à un calcul frauduleux, tendant, le cas échéant, à modifier la dévolution successorale (4); et, pour y obvier, il fut décidé que les deniers provenant du rachat, conserveraient la qualité de propres, — dont, on le sait, les immeubles seuls étaient succeptibles, — dans le cas où le mineur remboursé décéderait avant sa majorité.

Mais l'immobilisation dont il s'agit n'avait pas d'autre portée. A tout autre point de vue, les deniers procédant du rachat conservaient leur caractère intrinsèque de meubles. Ainsi, notamment, ils tombaient dans la communauté légale, en cas de mariage du même mineur, faute d'une clause contraire dans le contrat de mariage.

B. Notre coutume mettait sur la même ligne que les rentes constituées, les offices vénaux qui tenaient aussi une si grande place dans les anciens patrimoines de famille :

« *Office vénal*, portait l'art. 95, *est réputé immeuble et a suite*

(1) On les faisait cependant échapper au retrait lignager ; Pothier, *Traité des retraits*, n° 39.

(2) Liv. IV, tit. I, règle 7e.

(3) Sur l'art. 94 de la *Cout. de Paris*, n° 18.

(4) Voy. not. Comm. de Claude de Ferrière sur l'art. 94 de la *Cout. de Paris*.

par hypothèque, quand il est saisi sur le débiteur par autorité de justice, auparavant résignation admise et provision faite au profit d'un tiers... »

Nous n'avons pas à apprécier ici le système de la vénalité des offices, que Loyseau prit jadis si vivement à partie (1) et que Bourjon considérait comme « un accident que, disait-il (2), des temps heureux et des occasions opportunes feront cesser ».

Nous avons seulement à donner quelques indications nécessaires pour l'intelligence de notre texte. Le titulaire d'un office vénal pouvait s'en démettre au profit d'un successeur; et il en était de même, après sa mort, pour ses héritiers, quand il décédait sans en avoir lui-même disposé.

Toutefois, le successeur désigné ne puisait pas, dans cette seule désignation, le titre même de l'office : ce titre ne lui était conféré que par la *provision*, c'est-à-dire par des lettres du grand sceau qui lui étaient délivrées à cet effet au nom du roi. Jusque-là, le cédant demeurait saisi, malgré sa *résignation*, ou démission *in favorem*.

Par contre, la *provision*, en le desaisissant complètement, faisait même obstacle au droit de suite de ses créanciers hypothécaires. La *suite par hypothèque* admise par notre texte n'avait donc qu'une portée bien restreinte. L'office grevé n'y était soumis qu'autant que les poursuites du créancier hypothécaire avaient été pratiquées, avant la délivrance au cessionnaire de ses lettres de provision.

L'art. 93 de notre coutume nous offre encore une immobilisation fictive, mais qu'il importe, cependant, de ne pas confondre avec les deux précédentes; car l'immobilisation n'avait alors, — du moins *a priori*, — qu'une portée essentiellement restreinte.

Ce texte était ainsi conçu : *Somme de deniers donnés par père, mère, aïeul ou aieule ou autres ascendants à leurs enfants en contemplation de mariage, pour être employée en achat d'héritages, encore qu'elle n'ait été employée, est réputée immeuble, à cause de la destination.*

(1) *Des offices*, avant-propos n° 2; liv. IV, ch. I, n° 1 et ch. II, n° 1.
(2) *Op. cit.*, liv. IV, tit. XI, 1re part., ch. II, n° 3.

Il s'agissait, en somme, d'une sorte de stipulation de propre par contrat de mariage, résultant au profit de l'un des époux, d'une clause d'emploi.

Les effets de cette clause, et partant de l'immobilisation, variaient « selon la diversité des stipulations... par le contrat de mariage (1) ». La faveur attribuée à ce contrat faisait déroger à la règle générale d'après laquelle la somme d'argent destinée à l'achat d'*héritages* n'en conservait pas moins nécessairement son caractère mobilier.

En principe, toutefois, et d'après le but essentiel de la stipulation, cette immobilisation n'avait que ce double effet : 1° de faire des immeubles, achetés en conséquence, des propres de communauté, et 2°, — au cas où cet achat n'aurait pas eu lieu, — d'attribuer à l'époux donataire, lors de la dissolution de la communauté, la reprise de la somme donnée.

Le Code civil a maintenu la distinction traditionnelle des meubles et des immeubles. Cette distinction s'impose, en effet, comme résultant, selon la remarque de M. Glasson (2), « de la nature même des choses ».

L'œuvre du législateur de 1804 offre cependant de notables différences avec celle que nous venons d'exposer.

D'une part, en effet, la catégorie des meubles s'est considérablement élargie. Elle comprend indifféremment toutes les rentes, même les rentes *foncières*, qui n'ont plus, en réalité, de foncier que le nom. Il est impossible aussi de ne pas y mettre les offices ministériels, — pour lesquels l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816 a rétabli, du moins dans une certaine mesure, l'ancienne vénalité des offices, — faute d'une disposition analogue à celle de l'art. 95, précité.

D'autre part, l'importance pratique de la distinction a sensiblement diminué, avec la disparition des anciens propres de succession, et l'unité législative qui relègue la question *des statuts* dans le domaine du droit international privé.

Il est à remarquer, cependant, que le Code civil, malgré l'im-

(1) Comm. de Claude de Ferrière, sur ledit, art. 93.

(2) *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. VII, p. 219.

portance qu'il a donné lui-même aux patrimoines mobiliers, — et qui, d'ailleurs, s'est accusé depuis dans de si grandes proportions, — s'est trop exclusivement préoccupé des immeubles. Les valeurs mobilières ont été par lui singulièrement négligées, comme s'il avait été toujours vrai de dire : *res mobilis, res vilis.*

Ainsi notamment, les pouvoirs des administrateurs légaux, restreints pour les immeubles, furent, au contraire, très étendus pour les meubles. De même, pour le régime matrimonial du droit commun, tandis qu'il réserva aux époux leur patrimoine immobilier, il fit, au contraire, indifféremment tomber toutes leurs valeurs mobilières dans la communauté légale.

Ces solutions ne répondent guère aux conditions économiques actuelles. La loi du 27 février 1880 l'a ainsi compris, en soumettant les valeurs mobilières appartenant aux mineurs ou aux interdits, à un régime analogue à celui auquel le Code civil soumettait les immeubles de ces incapables.

Pour répondre aux nécessités actuelles, d'autres réformes s'imposeraient : notamment quant à la composition de la communauté légale.

En somme, ce n'est plus la *nature*, mais plutôt la *valeur* des biens, que le législateur doit désormais considérer. Agir autrement c'est commettre un anachronisme.

PAUL HENRY.

BIBLIOGRAPHIE

L'Economie politique mathématique.

QUELQUES MOTS A PROPOS DU TRAITÉ DE M. LÉON WALRAS (1).

Par M. Emile Bouvier, professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Lyon.

M. Léon Walras, professeur à l'Université de Lausanne, vient de faire paraître la 4e édition de ses *Eléments d'Économie politique pure*. C'est donc un livre qui a réussi : un succès incontestable a couronné l'effort de l'auteur.

(1) Léon Walras, *Eléments d'Economie politique pure* ou *Théorie de la Richesse sociale*, 4e éd., Lausanne et Paris, 1900.

Cet effort n'est point banal. Il consiste à traiter l'économie politique par les procédés mathématiques, à employer les équations, les courbes, le calcul intégral et différentiel, etc., pour la solution des difficultés soulevées par le mouvement économique et la recherche des lois générales dans ce domaine. Voici comment.

L'économie politique est la théorie de la richesse sociale. On appelle richesse sociale toute chose, matérielle ou immatérielle, produit ou service, qui est *rare*, c'est-à-dire à la fois utile à l'homme et limitée en quantité. On peut dire encore que la richesse sociale est l'ensemble des choses qui sont susceptibles d'avoir un prix, c'est-à-dire un rapport de valeur d'échange. Les prix des marchandises ou des services composant la richesse sociale se déterminent sur le marché d'une certaine manière, suivant la libre concurrence. La théorie de la détermination des prix sous un régime hypothétique de libre concurrence absolue constitue, d'après M. Léon Walras, l'*économie politique pure*. Celle-ci est donc la partie abstraite et générale de la science économique, et c'est à elle particulièrement que s'appliquent les procédés mathématiques. La mathématique seule, dit l'auteur, peut démontrer que : *On arrive à des prix courants d'équilibre correspondant à l'égalité de l'offre et de la demande en faisant la hausse des prix des services et des produits dont la demande excède l'offre et en faisant la baisse des prix de ceux dont l'offre excède la demande.* C'est là pour lui une proposition fondamentale. Il en fait découler un certain nombres d'autres par déduction, et il arrive à la détermination théorique des prix pour tous les produits et tous les services économiques.

Il n'existe aucune raison, *a priori*, pour ne pas employer les mathématiques dans l'examen des phénomènes et des données économiques. La valeur est une quantité; elle est une grandeur appréciable, et les mathématiques ont pour objet l'étude des grandeurs de ce genre. L'économie politique pure peut donc être une branche des mathématiques appliquées, puisqu'elle raisonne sur des quantités; du moment que les objets considérés sont susceptibles de *plus* ou de *moins*, on peut avoir recours au calcul. « Ouvrez *la Mécanique analytique* de Lagrange, dit M. Léon Walras, vous y verrez que P et Q étant deux *forces* ou *puis-*

sances appliquées en deux points d'un système, dp et dq étant les *vitesses virtuelles* de ces forces mesurées par les espaces infiniment petits susceptibles d'être parcourus dans un même instant par leurs points d'application suivant leurs directions, Pdp et Pdq étant ainsi les *moments* des forces P et Q suivant la définition de Galilée, l'équation

$$Pdp + Qdq = 0$$

exprimera l'équilibre des deux forces. Eh bien, changez les termes. Au lieu de *forces*, mettez *raretés*, ou intensités des derniers besoins satisfaits par des quantités possédées de marchandises; au lieu de vitesses virtuelles, mettez *quantités virtuellement échangeables*, ou quantités infiniment petites susceptibles d'être ajoutées par achat aux quantités possédées ou d'en être retranchées par vente, dans un échange, et la même équation exprimera la satisfaction maxima des besoins d'un individu ou l'équilibre économique. Ainsi l'économique n'est pas une science analogue à la mécanique; elle est la mécanique elle-même appliquée à l'équilibre et au mouvement de la richesse sociale comme l'hydraulique et la mécanique elle-même appliquée à l'équilibre et au mouvement des liquides. Elle est donc incontestablement une science, non seulement abstraite et déductive, mais mathématique (1). »

La méthode mathématique a soulevé pourtant bien des objections. Elles peuvent se grouper autour de quatre idées.

A. — On dit d'abord que l'analyse mathématique ne peut pas contribuer aux progrès de la science économique, parce qu'elle n'est pas une méthode de découverte. Elle peut être un excellent moyen d'exposition pour des vérités déjà connues, un moyen de contrôle pour des propositions déjà démontrées, mais elle n'est pas l'instrument de découverte qui fera trouver du nouveau.

A ceci, M. Léon Walras répond en citant les résultats neufs qu'il a pu découvrir par les mathématiques, et *qu'il n'a découverts que parce qu'il s'est servi des mathématiques*. Je n'en rapporterai qu'un. Il déclare avoir démontré, par les procédés

(1) Léon Walras, *Etudes d'Economie politique appliquée*, p. 449.

de cet ordre, le principe de la libre concurrence, tandis qu'on s'était contenté de l'affirmer avant lui, sans en donner aucune preuve. « Les économistes jusqu'ici, dit-il, ont moins démontré leur *laisser faire, laisser passer*, qu'ils ne l'ont affirmé à l'encontre des socialistes, anciens et nouveaux, qui de leur côté affirment, sans la démontrer davantage, l'intervention de l'Etat. » Il prétend au contraire avoir démontré péremptoirement le principe, et il soutient que la démonstration n'était possible que par le moyen de la méthode mathématique. Cette méthode peut donc aboutir à des résultats véritablement nouveaux (1).

B. — La grande objection formulée se tire du caractère variable et complexe des données et des phénomènes économiques. Ils ont une nature essentiellement changeante et diverse; chaque problème implique une multiplicité incroyable d'éléments. De là l'impossibilité d'arriver à des lois véritablement générales. De là par suite l'impossibilité d'user utilement des équations, des symboles et des notations algébriques. Toute question est tellement compliquée qu'elle ne peut être mise en équations. Les facteurs qui ont une influence dans le domaine économique sont tellement nombreux qu'on ne pourra les représenter tous dans un système d'équations : il y aura forcément des inconnues qui resteront des inconnues et qu'on ne pourra résoudre, ou bien alors les équations deviendront elles-mêmes tellement compliquées qu'elles dépasseront la limite de l'entendement humain et deviendront incompréhensibles. — Arrivât-on d'ailleurs à la solution, on ne serait pas beaucoup plus avancé. On aurait obtenu des formules purement abstraites, destinées à rester exclusivement théoriques. Des lois économiques exprimées d'une façon synthétique et générale ne peuvent présenter ni utilité ni possibilité d'application pratique. C'est particulièrement fâcheux pour l'économie politique, cette science travaillant sur la matière sociale, c'est-à-dire sur une matière vivante, et en vue de la solution effective de toutes les grandes questions qui s'agitent sur la propriété, les salaires, les échanges internationaux, la coopération, etc. Autant donc laisser de côté une

(1) Léon Walras, *Eléments d'Economie politique pure*, n° 222-223.

méthode qui d'abord ne peut saisir tous les éléments en jeu, et qui ensuite est condamnée par avance à ne donner que des conclusions stériles.

M. Léon Walras proteste vivement contre ces reproches.

Il est certain d'abord que si l'on considère uniquement le côté variable et complexe des données et des faits économiques, on arrive par cela même à critiquer toute tentative de généralisation, faite par toute méthode déductive aussi bien que par la méthode mathématique. Si l'on dit que l'économie politique ne comporte pas de lois générales, il est clair que les procédés mathématiques devront être abandonnées, mais aussi que tout procédé quelconque de généralisation, essayé même avec le langage ordinaire, devra être laissé de côté. La critique, si elle était juste, aurait ainsi une portée très générale, dépassant de beaucoup l'emploi du calcul. On doit donc admettre de toute nécessité l'existence des lois générales en economie politique, la possibilité de les découvrir et de les exprimer, et à cette condition seulement on pourra se poser la question de la méthode mathématique : étant donné qu'il existe des lois générales, peut-on les découvrir, les exprimer et les démontrer au moyen des mathématiques?

M. Walras répond affirmativement. Tout son livre n'est qu'une longue preuve en ce sens. Il s'efforce d'établir que les économistes mathématiciens expriment à leur manière et dans leur langage, ce qui est leur droit, ce que d'autres expriment en langage ordinaire. Les formules, les équations, les courbes, les représentations géométriques et graphiques s'appliquent à la partie générale de la science. La complexité des phénomènes n'est pas un obstacle : il s'agit simplement pour le savant de prendre autant de signes qu'il se trouve d'éléments ou de facteurs dans chaque problème, et d'avoir autant d'équations qu'il y a d'inconnues. Tous ces procédés conduisent même, d'après l'auteur, à la solution pratique des questions les plus débattues et les plus obscures du domaine économique. « La science amène au seuil de la réalité. » Elle dégage des règles ou des principes dont il n'y a plus qu'à poursuivre l'application détaillée à l'agriculture, au commerce ou à l'industrie. Les résultats ne sont donc pas purement théoriques. Le seraient-ils, d'ailleurs, qu'ils seraient néanmoins vrais et

présenteraient toujours un caractère scientifique, ce qui suffirait à les justifier; le savant peut étudier la science pure et rechercher la vérité pour elle-même. Mais il n'en est pas ainsi : les mathématiques sont susceptibles de donner la clef de bien des problèmes sociaux.

C. — Les adversaires de la méthode mathématique insistent sur un autre point : le côté technique des raisonnements et des démonstrations algébriques ou géométriques. Les économistes ne sont généralement pas versés dans les mathématiques et la portée des propositions exprimées par les mathématiciens leur échappe. Ils ne peuvent non plus les vérifier, elles restent ainsi obscures et mystérieuses, alors que l'économie politique doit être largement divulguée.

Cette critique repose tout entière, il faut bien le dire, sur l'insuffisance des études mathématiqurs. Notre génération les a singulièrement négligées. M. Léon Walras remarque qu'il serait bon de former des esprits d'une culture générale. Lui-même réunit toutes les qualités nécessaires pour opérer cette pénétration de la science économique par l'algèbre ou la géométrie; mais il manque des hommes qui, à son imitation, seraient à la fois économistes et mathématiciens. Rien n'empêche, du reste, de faire connaître au public les résultats obtenus par les mathématiques, ni de traduire leurs propositions en langage ordinaire. La divulgation de leurs doctrines peut se faire comme la divulgation de toutes les découvertes dues aux spécialistes et réalisées au moyen des procédés techniques spéciaux.

D. — Il est alors à peine besoin d'insister sur une dernière critique : les contradictions des mathématiciens et l'incertitude de leurs conclusions. C'est là l'effet inévitable des tâtonnements de la science. On ne peut arriver d'emblée à la perfection et il est bien certain que l'on se trompera souvent avant de saisir la vérité. Et puis existe-t-il un procédé quelconque de nature, étant donné la faiblesse de l'intelligence humaine et l'imperfection de notre entendement, à nous conduire sûrement à la possession de cette vérité absolue? Si l'emploi des mathématiques nous donne quelques chances de plus de nous en approcher, nous aurions vraiment tort de nous en priver.

Tels sont les principaux points de débat. Les *Éléments d'Économie politique pure* constituent une solide plaidoirie en faveur de la solution mathématique, et une démonstration par l'exemple. L'auteur fait par le calcul la théorie de l'échange de deux marchandises entre elles, la theorie de l'échange de plusieurs marchandises entre elles, la théorie de la production, la théorie de la capitalisation et du crédit, enfin la théorie de la circulation et de la monnaie. Le tout est présenté dans un style élégant et aussi clair que le permettent les côtés techniques des raisonnements. Il prie lui-même le lecteur de ne point se rebuter devant les quelques difficultés inhérentes au sujet ; le système des notations une fois compris, le système des phénomènes économiques est en quelque sorte compris par cela même. On peut donc se rendre compte de la valeur des procédés employés, et voir comment l'auteur a constitué toute l'économique pure comme une science mathématique.

Il y a tout profit à faire cette étude et à vérifier l'usage d'une méthode qui, jusqu'à présent, a été peu pratiquée en France. Les méthodes suivies antérieurement ont laissé bien des points obscurs, bien des problèmes économiques sans solution. Les économistes mathématiciens apportent ces solutions; qu'on les examine d'abord, et quand leurs procédés auront été vulgarisés, on prononcera d'une façon définitive sur les résultats de leur œuvre.

EMILE BOUVIER.

Recueil des actes internationaux de l'Empire ottoman (Tomes I et II),

recueillis par M. Gabriel-Effendi NORADOUNGHIAN, conseiller légiste de la Porte ottomane.

Compte rendu par M. Henri PRUDHOMME, docteur en droit, juge au tribunal civil de Lille.

Nous ne saurions, on le comprend, essayer d'analyser l'ouvrage considérable de M. Noradounghian; il nous suffira de dire que dans son premier volume il contient les traités intervenus de l'an 1380 à 1789 entre la Porte et les puissances européennes, et

dans le deuxième, les traités et conventions signés de cette dernière date à 1856. Mais il convient d'insister sur l'intérêt de cette publication.

Un recueil de traités est, à lui seul, toute une philosophie de l'histoire. Chacun d'eux, en effet, ou résume les conclusions politiques d'une epoque, ou caractérise les relations des peuples entre eux, ou marque le point de départ et une phase nouvelle dans ces relations. Leur étude seule permet d'appuyer sur une base officielle et authentique les connaissances historiques.

Spécialement le recueil des traités intervenus avec la Turquie permet de suivre les conquêtes de la civilisation européenne et le rôle prépondérant de la France. Dans une première période, nous trouvons les capitulations, qui sous une forme unilatérale, assurent la protection du commerce et de la navigation, la liberté religieuse des Européens et leurs privilèges juridictionnels. Telle est la marque caractéristique des documents reunis dans le premier volume. Avec le temps, cependant, la Turquie est obligée de se soumettre aux formes protocolaires en usage chez les peuples civilisés, et, dans le second volume, tous les actes présentent désormais la forme contractuelle et bilatérale.

Signalons une circonstance qui rend particulièrement utile la collection dont M Noradounghian rassemble si patiemment les matériaux. En Turquie les conventions diplomatiques, en général, ne se remplacent pas, elles se complètent, en sorte que les traités anciens ont non seulement au point de vue historique, mais même au point de vue pratique des relations actuelles, une importance considérable. M. Noradounghian a bien mérité des diplomates et de tous ceux qui s'intéressent aux études historiques, et même des jurisconsultes, car son ouvrage devra être consulté pour se rendre un compte exact des institutions établies en Orient par les capitulations.

HENRI PRUDHOMME.

Histoire des croyances, superstitions, mœurs, usages et coutumes (1),

Par Fernand NICOLAÏ, avocat à la Cour de Paris, lauréat de l'Institut.

Compte-rendu par M. LAURENT, avocat.

Ce nouvel ouvrage que fait paraître un des membres du barreau de Paris, M. Fernand Nicolaï, lauréat de l'Institut, est tout à fait hors de pair, à raison des curiosités qu'il contient sur les lois et coutumes des peuples, étudiées aux sources mêmes ou dans les traductions les plus autorisées.

Tout en suivant le plan du Décalogue (idée aussi neuve que féconde), l'auteur ouvre une enquête juridique et ethnographique d'un intérêt incomparable, et chacun des cinquante chapitres composant l'ouvrage contient des centaines de faits ou de documents précieux dont un grand nombre absolument inédits.

Tantôt l'auteur expose les *rites religieux* des peuples, d'après leur législation sacrée, qu'il s'agisse d'incantations babyloniennes ou de pratiques cultuelles des non-civilisés; tantôt il nous donne les *formules du serment* dans les codes les plus archaïques. Ici, il énumère et decrit toutes les réglementations qui ont trait à la piété filiale et au *culte des ancêtres* dans les cinq parties du monde; là, il fait le tableau des *supplices capitaux* chez les divers peuples.

Ailleurs, dans des pages d'un attrait exceptionnel, M. Fernand Nicolaï raconte les plus originales coutumes concernant le luxe, étudiées dans les règlements, les arrêts de Parlement et les *lois somptuaires*.

Un chapitre est consacré aux emblèmes et *symboles de la propriété* chez les anciens; un autre, aux *impôts bizarres*, aux redevances et corvées singulières.

Plus loin, l'auteur nous fait connaître, textes en main, les petits profits populaires et féodaux, les curiosités historiques et judiciaires sur *le vol*.

(1) 3 vol. in-8°, Paris.

Plus loin encore, il nous initie au formulaire des *ordalies*, actuellement en usage chez les non-civilisés.

Signalons entre tous le chapitre dans lequel le jurisconsulte dont nous analysons l'ouvrage, nous décrit les *cérémonies du mariage* dans tous les pays, et donne sur les *fiançailles*, l'*anneau de mariage* et les *charivaris* les détails les plus suggestifs.

En résumé, il n'est point un chapitre dans ces trois volumes, qui ne présente un ensemble de particularités plus remarquables les unes que les autres; ce qui fait de cette œuvre un véritable monument de l'histoire du droit, fondé sur les dernières découvertes de la science. LAURENT.

Un Concours d'agrégation (*section de Droit privé et de Droit criminel*), ouvert le 1er octobre 1901, s'est terminé le 7 novembre suivant.

Ont été admis dans l'ordre suivant :

MM. Lerebours-Pigeonnière, docteur de la Faculté de Caen.
Pilon, — Caen.
Lévy, — Paris.
Bonnecarrère, — Lyon.

Un Concours d'agrégation (*section de Droit public*), ouvert le 7 octobre 1901, s'est terminé le 16 novembre suivant.

Ont été admis dans l'ordre suivant :

MM. Politis, docteur de la Faculté de Paris.
Jèze, — de Toulouse.

Un Concours d'agrégation (*section d'Histoire du droit*), ouvert le 7 octobre 1901, s'est terminé le 14 novembre suivant.

Ont été admis dans l'ordre suivant :

MM. Genestal du Chaumeil, docteur de la Faculté de Paris.
Champeaux, — Paris.

Un Concours d'agrégation (*section des Sciences économiques*), ouvert le 10 octobre 1901, s'est terminé le 12 novembre suivant.

Ont été admis dans l'ordre suivant :

MM. Porte, docteur de la Faculté de Grenoble.
Allix, — Paris.
Gonnard, — Lyon.
Aftalion, — Paris.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

TABLES DE L'ANNÉE 1901

PAR

M. Léon ADAM

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

Abandon du navire et du fret. Fret. — Renonciation. — Navigation. *Jur. Dr. mar.*, p. 449.

Abordage. Dommages aux personnes. — Prescription. Art. 436, C. com.; art. 637 et suiv., C. instr. crim. *Jur. Dr. mar.*, p. 449.

Accidents du travail. 1. Employés à bord des navires. *Jur. Dr. mar.*, p. 449.

2. Gens de mer. — Responsabilité. — Faute lourde. *Jur. Dr. mar.*, p. 449.

3. La responsabilité civile des patrons envers les ouvriers en cas d'accidents et la loi du 9 avril 1898, par M. Léon Michel, p. 592.

Acte de gestion. Actes de gestion faits par les Chambres législatives. *Jur. adm.*, p. 1.

Acte à titre onéreux. V. *Contrat de mariage. Communauté conventionnelle.*

Affrétement. Fret. 1. Clause de non-responsabilité à raison des fautes du capitaine. — Présomption de faute. *Jur. Dr. mar.*, p. 449.

2. Fin de non-recevoir de l'art. 435, C. com. — Propriétaire du navire. — Prescription. — Tribunal incompétent. *Jur. Dr. mar.*, p. 449.

3. Vol. — Clause de non-responsabilité du propriétaire du navire. *Jur. Dr. mar.*, p. 449.

Agrégation. Concours de 1901, p. 632.

Annexion. V. *Nationalité.*

Architectes. Privilège. — V. *Contrat de mariage. Régime dotal.*

Assistance maritime. Navires appartenant au même propriétaire. *Jur. Dr. mar.*, p. 449.

Associations religieuses. Appréciation critique de la jurisprudence récente sur les caractères distinctifs des « associations religieuses » pour l'application de l'art. 9 de la loi du 29 décembre 1884 et des art. 3 et suivants de la loi du 16 avril 1895. *Jur. Enreg.*, p. 257.

Assurance maritime. Preuve par écrit. — Faits postérieurs. — Paiement des primes. — Preuve par témoins. *Jur. Dr. mar.*, p. 449.

Assurances sur la vie. 1. De l'assurance sur la vie et de divers contrats qui en découlent, par M. L. Zéglicki, p. 109.

2. Les assurances, créées au profit d'un tiers désigné sous forme des stipulations par autrui, constituent une libéralité au profit du bénéficiaire. *Jur. civ.*, p. 193.

3. Assurances sur la vie au profit d'autrui. — Théorie de la création directe, au profit du tiers désigné dans la police, de la créance du capital assuré. — Application de cette théorie aux cas où le tiers assuré est en conflit avec des créanciers du contractant, qui invoquent l'art. 1167 du Code civil ou l'art. 446 du Code de commerce, par M. F. Pinchon, p. 470.

Bibliographie.

DROIT ADMINISTRATIF.

1. Traité élémentaire de Droit administratif, par M. H. Berthélemy. C. R. par M. Brémond, p. 311.

2. Cours de Droit administratif et de législation française des finances (7e édit.), par M. Th. Ducrocq. — T. IV : l'Etat, personnalité civile. C. R. par M. Berthélemy, p. 187.

3. Traité théorique et pratique d'assistance publique, par MM. Derouin, Gory et Worms, avec une préface de M. Berthélemy. C. R. par M. Seligman, p. 123.

DROIT CIVIL.

4. La femme mariée. — Ses droits et ses intérêts pécuniaires, par M. Albert Aftalion. C. R. par M. Henri Prudhomme, p. 318.

5. Manuel juridique des maladies contagieuses des animaux domestiques, par M. Félix Mercier. C. R. par M. Henri Prudhomme, p. 62.

6. Traité de la prescription, tit. Ier (art. 2219-2265), par M. L. Guillouard. C.R. par M. Henri Prudhomme, p. 191.

DROIT COMMERCIAL.

7. Le nouveau Code de la brasserie, par MM. H. Ferrand et Fr. Cambuzat. C. R., par M. Henri Prudhomme, p. 384.

8. De la faillite civile. — Nécessité de son organisation. — Etude de Droit comparé et de législation, par M. André Dupin. C. R. par M. Léon Adam, p. 57.

DROIT INTERNATIONAL.

9. Traité théorique et pratique de Droit international privé, par M. André Weiss. — T. IV : Le conflit des lois, 2e vol. C. R. par M. A. Mérignhac, p. 444.

10. Les Etats-Unis et la doctrine de Munroë, par M. Hector Pétin. C. R. par M. Léon Adam, p. 510.

11. L'accession du Japon au Droit des gens européen, par le baron Alexandre de Siebold. — Traduction française de MM. Daguin et Salomon Mayer C. R. par M. L. Guérin, p. 574.

12. Recueil des actes internationaux de l'empire *ottoman* (T. I et II), recueillis par M. Gabriel Effendi Noradoungh.ian. C. R. par M. Henri Prudhomme, p. 629.

DROIT PUBLIC.

13. Etudes de Droit public. — I. L'Etat, le droit objectif et la loi positive, par M. L. Duguit. C. R. par M. F. Geny, p. 562.

ÉCONOMIE POLITIQUE.

14. L'économie politique mathématique. Quelques mots à propos du traité de M. Léon Walras. C. R. par M. Emile Bouvier, p. 623.

15. Histoire des croyances, superstitions, mœurs, usages et coutumes, par Fernand Nicolay. C. R. par M. Laurent, p. 631.

HISTOIRE DU DROIT.

16. Les origines de l'annexion de la Haute-Alsace à la Bourgogne en 1469. — Etude sur les terres engagées par l'Autriche en Alsace depuis le quatorzième siècle, spécialement la seigneurie de Florimont, par M. Louis Stouff. C. R. par M. J. Charmont, p. 568.

Capitaine. Faute. — V. *Affrétement. Fret.*

Chambres législatives. Actes de gestion faits par les Chambres législatives. *Jur. adm.*, p. 1.

Chemins vicinaux. Subventions spéciales pour dégradations extraordinaires aux chemins vicinaux. *Jur. adm.*, p. 1.

Clause. V. *Obligation.*

Colonies et protectorats. Tunisie. — V. *Paternité et filiation.*

Compétence commerciale. 1. De la compétence *ratione personæ* des tribunaux de commerce d'après le lieu de la promesse (article 420, C. proc. civ.), par M. Georges Ferron, p. 226, 402.

2. V. *Lettre de change.*

Compétence criminelle. La juridiction correctionnelle française est-elle compétente pour connaître de la poursuite pour délit d'adultère exercée contre un étranger? *Jur. crim.*, p. 385.

Conflits. V. *Droit international privé.*

Contrats. Etude des diverses conceptions actuelles du contrat, par M. Georges Dereux, p. 513.

Contrat de mariage.

GÉNÉRALITÉS.

1. Epoux mariés sans contrat. — Donation entre époux. — Droits héréditaires du conjoint survivant. *Jur. Dr. intern.*, p. 129.

2. Œuvres municipales. — Sett

le régime de la communauté d'acquêts la propriété des œuvres musicales composées et éditées par l'un des époux, au cours du mariage, tombe-t-elle dans la communauté? *Jur. civ*, p. 65.

3. Rapport de dot. — Imputation. — V. *Succession*.

4. Reprises. — La femme mariée sous le régime de la communauté d'acquêts ne peut-elle fournir que par un inventaire ou état en bonne forme la preuve de ses reprises mobilières, lorsqu'elle se trouve en présence de l'acquéreur d'un immeuble vendu par le mari, ou bien encore lorsqu'elle s'est constitué en dot une part dans un fonds de commerce? *Jur. civ.*, p. 65.

COMMUNAUTÉ CONVENTIONNELLE.

5. Doit-on considérer comme une convention à titre onéreux la clause d'un contrat de mariage attribuant au survivant la totalité de la communauté et déniant aux héritiers du prédécédé le droit de reprendre les apports de leur auteur? *Jur. civ.*, p. 65.

RÉGIME DOTAL.

6. La clause de libre aliénation et de reconnaissance de dot autorise-t-elle la femme mariée sous le régime dotal à faire cession de ses reprises? *Jur. civ.*, p. 65.

7. La dotalité fait-elle obstacle à l'exercice du privilége des architectes? *Jur. civ.*, p. 65.

Conventions. Convention à titre onéreux. — V. *Contrat de mariage. Communauté conventionnelle.*

Corporations. Propriété corporative. — V. *Propriété.*

Crimes et délits.

GÉNÉRALITÉS.

1. La récidive spéciale de délit à délit, prévue et punie par l'art. 58, C. pén., suppose essentiellement un second délit de même nature que le premier. *Jur. crim.*, p. 385.

CONTRE LA CHOSE PUBLIQUE.

2. Mendicité. — Le délit de mendicité suppose nécessairement l'intention coupable de provoquer la charité d'autrui. — Ne saurait être condamné pour délit de mendicité l'individu surpris par la gendarmerie au moment où il tirait la sonnette d'un hospice. *Jur. crim.*, p. 385.

CONTRE LES PERSONNES.

3. Adultère. — Etranger. — V. *Compétence criminelle.*

PEINES.

4. L'aggravation de la peine resultant de la récidive est attachée à l'existence de la première condamnation qui constitue pour le condamné l'avertissement nécessaire, mais suffisant, encore que cette condamnation n'ait été ni subie, ni prescrite, si elle est définitive. *Jur. crim.*, p. 385.

PERSONNES PUNISSABLES, EXCUSABLES OU RESPONSABLES.

5. L'envoi en correction ne saurait être prononcé à titre de peine contre un mineur de seize ans reconnu coupable d'un délit commis avec discernement. *Jur. crim.*, p. 385.

6. Excusabilité. — La contrainte morale comme la contrainte physique peut-elle exonérer l'auteur d'un crime ou d'un délit de toute responsabilité par application de l'art. 64 du Code pénal? *Jur. crim.*, p. 385.

Département. V. *Pensions de retraite.*

Dispositions entre-vifs et testamentaires. V. *Contrat de mariage. — Donation. — Donation entre époux. — Legs. — Succession. — Testament.*

Divorce et séparation de corps. 1. Demande en divorce. — Demande subsidiaire en séparation de corps. *Jur. civ.*, p. 577.

2. Demande en séparation de corps formée par un époux contre qui la séparation de corps a déjà été prononcée. *Ibid.*

3. Divorce. Séparation de corps. Jugements et arrêts provisoires. Exécution provisoire. *Ibid.*

Dommages-intérêts. La théorie des dommages-intérêts, par M. Hindenburg, p. 26.

Donation. Rapport. — V. *Succession.*

Donation. V. *Contrat de mariage. Généralités.*

Donation entre époux. Epoux mariés sans contrat. — Donation entre époux. — Droit héréditaire du conjoint survivant. *Jur. Dr. intern.*, p. 129.

Donation déguisée. V. *Assurances sur la vie.*

Dot. V. *Contrat de mariage.* — *Succession.*

Droit coutumier. A travers la coutume de Paris et les Institutes de Loysel. Notes de Droit civil rétrospectif, par M. Paul Henry (*suite*), p. 613.

Droit international privé. 1. Un conflit sur les conflits — Réponse à M. Lainé, par M. le marquis de Vareilles-Sommières (suite), p. 85.

2. Code civil suisse. — V. *Législation comparée.*

3. V. *Etranger.* — *Jurisprudence en matière de Droit international.*

Enfant naturel. Tutelle. — V. *Paternité et filiation.*

Equipage. V. *Accidents du travail.*

Etablissements publics. Les établissements publics et la loi du 4 février 1901, par M. Léon Aucoc, p. 158.

Etat et capacité des personnes. Exécution des jugements étrangers en France. — Jugement sur les questions d'état et de capacité. *Jur. Dr. intern.*, p. 129.

Etranger. 1. Adultère. — V. *Compétence criminelle.*

2. V. *Jugement étranger.*

Examens doctrinaux. V. *Jurisprudence.*

Faillite et liquidation judiciaire. Liquidation judiciaire. — Demande en liquidation judiciaire. — Délai de rigueur. — Pouvoirs des juges. *Jur. comm.*, p. 321.

Fonds de commerce. 1. Reprises de la femme. — V. *Contrat de mariage. Communauté d'acquêts.*

2. V. *Nantissement.*

Fret. V. *Abandon du navire et du fret.* — *Affrétement. Fret.*

Garantie. Clauses de non-garantie. — V. *Obligation.*

Gens de mer. V. *Accidents du travail.*

Gestion. V. *Acte de gestion.* — *Chambres législatives.*

Exécution provisoire. V. *Divorce et séparation de corps.*

Histoire du Droit. V. *Droit coutumier.*

Jugements et arrêts. Jugements et arrêts provisoire. — V. *Divorce et séparation de corps.*

Jugement étranger. Exécution en France. — V. *Etat et capacité des personnes.*

Jurisprudence. Examens doctrinaux. — V. *les différentes jurisprudences ci-après.*

Toutes les questions traitées dans les examens doctrinaux sont analysées sommairement et se retrouvent dans la présente table, sous chacun des mots qu'ils intéressent principalement.

Jurisprudence administrative. Examen doctrinal, par M. Brémond, p. 1.

Jurisprudence civile. 1. Examen doctrinal, par M. J. Charmont. — Contrat de mariage, p. 65.

2. Examen doctrinal, par M. A. Vigié. — Successions et donations, p. 193.

3. Examen doctrinal, par M. Albert Tissier. — Etat et capadité des personnes, p. 577.

Jurisprudence commerciale. Examen doctrinal, par M. F. Arthuys. — Sociétés. Lettre de change. Liquidation judiciaire, p. 321.

Jurisprudence criminelle. Examen doctrinal, par M. Paul Cuche, p. 385.

Jurisprudence en matière de droit international. Examen doctrinal. Jurisprudence française, par M. F. Surville, p. 129.

Jurisprudence en matière de droit maritime. Examen doctrinal, par M. Ch. Lyon-Caen, p. 449.

Jurisprudence en matière d'enregistrement. Examen doctrinal, par M. E. Binet. — Legs avec clause de retour. Partages entre associés. Licitation d'immeubles. Associations religieuses, p. 257.

Législation comparée. 1. Code civil suisse. Avant-projet du Département fédéral de Justice et Police. — Etude par M. Léon Adam, p. 373.

2. Propriété corporative. — V. *Propriété.*

Legs. Legs particulier fait avec stipulation de retour des biens légués aux héritiers du testateur en cas de décès du légataire sans postérité. — Droits exigibles des représentants des héritiers du testateur auxquels les biens légués font retour, lors de l'événement de la condition résolutoire, s'il s'est opéré plusieurs dévolutions héréditaires de l'ensemble du patrimoine de l'auteur du legs dans l'intervalle de sa mort au décès du légataire. *Jur. Enreg.*, p. 257.

Lettre de change. 1. Acceptation par acte séparé. — Donneur d'ordre. — Compétence. *Jur. comm.*, p. 321.

2. Acceptation. Postdate. Mineur. *Jur. civ.*, p. 577.

Licitation. Transcription. Droits à percevoir. — V. *Vente d'immeubles.*

Loysel (Institutes de). V. *Droit coutumier.*

Mariage. Epoux mariés sans contrat. — Donation entre époux. — Droits héréditaires du conjoint survivant. *Jur. Dr. intern.*, p. 129.

Minorité. 1. Mineur. Acceptation de lettre de change. Postdate. *Jur. civ.* p. 577.

2. Mineur de seize ans. — Envoi en correction. — V. *Crimes et délits. Peines.*

Nantissement. La dation en nantissement des fonds de commerce, par M. F. Doucet, p. 558.

Nationalité. Traité franco-sarde du 24 mars 1860. — Effets de l'annexion et du démembrement de territoire. *Jur. Dr. intern.*, p. 129.

Navigation. Navigation maritime ou fluviale. — Intérêt de la distinction. — Clause de non-responsabilité. *Jur. Dr. mar.*, p. 449.

Notaire. V. *Testament.*

Obligation. 1. Clauses de non-garantie, assurance des fautes et clauses pénales, par M. E.-H. Perreau, p. 485.

2. Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle, par M. Demogue, p. 236, 295, 346.

3. V. *Contrats.*

Ordre public. Tunisie. — Action en recherche de paternité. — V. *Paternité et filiation.*

Ouvrier. Loi du 9 avril 1898. — V. *Accidents du travail.*

Paris. V. *Droit coutumier.*

Partage. V. *Legs.* — *Sociétés (en général).* — *Vente d'immeubles.* — *Licitation.*

Paternité et filiation. 1. Action en recherche de paternité. — Ordre public. — Les mêmes règles à ce dernier point de vue doivent-elles être suivies dans la France continentale et dans les pays de protectorat comme la Tunisie, où vivent côte à côte une série de personnes appartenant à des races diverses et notamment des indigènes dont le statut personnel a été respecté? *Jur. Dr. intern.*, p. 129.

2. Enfant naturel. — Tutelle. Action intentée par les parents non tuteurs. *Jur. civ.*, p. 577.

Patrons. Loi du 9 avril 1898. — V. *Accidents du travail.*

Peine. Aggravation. — Récidive, — V. *Crimes et délits.*

Pensions de retraites. Recours en matière de pensions de retraites départementales. *Jur. adm.*, p. 1.

Prescription. 1. Interruption. — Tribunal incompétent. — V. *Affrétement. Fret.*

2. V. *Abordage.*

Preuve. V. *Assurance maritime.*

Privilèges et hypothèques. Privilèges. — Architectes. — V. *Contrat de mariage.* — *Régime dotal.*

Propriété. La propriété corporative. — Leçon d'ouverture d'un cours de Droit civil comparé, par M. J. Charmont, p. 430.

Propriété artistique et littéraire. Œuvres musicales. — V. *Contrat de mariage. Communauté d'acquêts, n° 2.*

Récidive. V. *Crimes et délits.*

Recours. V. *Pensions de retraites.*

Responsabilité. 1. Clauses de non-garantie, assurance des fautes et clauses pénales, par M. E.-H. Perreau, p. 485.

2. Clause de non responsabilité. — V. *Affrétement. Fret.* — *Navigation.*

3. Gens de mer. — Faute lourde. — V. *Accidents du travail.*

4. V. *Accidents du travail.*

Retraites. V. *Pensions de retraites.*

Sociétés (en général). 1. Obligations à lots. — Vente à tempérament. — Pacte commissoire. *Jur. comm.*, p. 321.

2. Obligations à prime. — Liquidation de la société. — Remboursement anticipé. *Jur. comm.*, p. 321.

3. Partage. — Examen de quelques difficultés soulevées par la théorie admise en pratique sur les perceptions auxquelles donnent lieu les partages entre associés après dissolution de la société. *Jur. Enreg.*, p. 257.

Sociétés par actions. De l'art. 22 de la loi du 5 juin 1850 sur le timbre par abonnement des actions de sociétés; son interprétation, sa nullité, par M. Emile Le Duc, p. 535.

Sociétés anonymes. Du groupement des petits actionnaires dans les sociétés anonymes, par M. R. Sautter, p. 49.

Société en commandite. Stipulation d'intérêts en l'absence de bénéfices. *Jur. comm.*, p. 321.

Subrogation. V. *Obligation.*

Succession. 1. Epoux mariés sans contrat. — Donation entre époux. — Droits héréditaires du conjoint survivant. *Jur. Dr. intern.*, p. 129.

2. Rapport. — Donation déguisée. V. *Assurance sur la vie.*

3. Portée juridique de la clause d'imputation d'une dot sur la succession du prémourant des donateurs et subsidiairement sur celle du survivant, par M. Léon Henry, p. 177.

4. Les donations en avancement d'hoirie s'imputent, au cas d'acceptation de la succession par les donataires, sur la réserve, et ne mettent pas obstacle à l'exécution d'un don par préciput, postérieur en date, pourvu qu'en dehors des biens rapportés il y ait dans la successions des biens suffisants en valeur pour son exécution. *Jur. civ.*, p. 193.

5. Rapport de la dot, constituée conjointement ou solidairement par les père et mère, avec imputation sur la succession du prédécédé seul, ou avec imputation sur la succession du prédécédé et subsidiairement sur celle du survivant. *Jur. civ.*, p. 193.

6. V. *Contrat de mariage. Généralités. — Donation.*

Suisse. Code civil suisse. — V. *Législation comparée.*

Syndicat. Propriété corporative. — V. *Propriété.*

Témoin. V. *Testament.*

Testament. 1. Testament dicté en une langue différente de la langue française. — Mission du notaire et des témoins. *Jur. Dr. intern.*, p. 129.

2. V. *Donation. — Legs.*

Timbre. Timbre par abonnement. — Art. 22 de la loi du 5 juin 1850. — V. *Sociétés par actions.*

Traités. Traité franco-sarde du 24 mars 1860. — V. *Nationalité.*

Transcription. V. *Ventes d'immeubles. Licitation.*

Travail. Loi du 9 avril 1898. — V. *Accidents du travail.*

Travaux publics. Marchés des travaux publics. :

1. Concession de l'exploitation d'un ouvrage public.

2. Concession de travaux publics.

3. Offre de concours. *Jur. adm.*, p. 1.

Tunisie. Action en recherche de paternité. — V. *Paternité et filiation.*

Tutelle. Enfant naturel. — V. *Paternité et filiation.*

Vente d'immeubles. Licitation d'immeubles faisant partie d'une masse indivise. — Adjudication prononcée au profit de plusieurs co-licitants conjointement. — Partage consécutif de l'universalité indivise, y compris le prix d'adjudication, entre les ayants-droit. — Présentation simultanée de deux actes à la formalité de l'enregistrement. — Y a-t-il lieu de percevoir le droit proportionnel de transcription sur le prix d'adjudication? *Jur. Enreg.*, p. 257.

TABLE ALPHABÉTIQUE PAR NOMS D'AUTEURS

ADAM. 1. De la faillite civile. Nécessité de son organisation. Etude de droit comparé et de législation, par M. André Dupin. C. R., p. 57.

2. Code civil suisse. Avant-projet du Département fédéral de Justice et Police. Etude, p. 373.

3. Les Etats-Unis et la doctrine de Munroë, par M. Hector Pétin. C. R., p. 510.

ARTHUYS. Examen doctrinal. Jurisprudence commerciale. — Sociétés. Lettre de change. Liquidation judiciaire, p. 321.

AUCOC. Les établissements publics et la loi du 4 février 1901, p. 158.

BERTHÉLEMY. Cours de Droit administratif et de législation française des finances (7e édit.), par M. Th. Ducrocq. T. IV : l'Etat, personnalité civile. C. R., p. 187.

BINET. Examen doctrinal. Jurisprudence en matière d'enregistrement, p. 257.

BOUVIER. L'économie politique mathématique. Quelques mots à propos du Traité de M. Léon Walras. C. R., p. 623.

BRÉMOND. 1. Examen doctrinal. Jurisprudence administrative, p. 1.

2. Traité élémentaire de Droit administratif, par M. H. Berthélemy. C. R., p. 311.

CHARMONT. 1. Examen doctrinal. Jurisprudence civile. — Contrat de mariage, p. 65.

2. La propriété corporative. — Leçon d'ouverture d'un cours de Droit civil comparé, p. 430.

3. Les origines de l'annexion de la Haute-Alsace à la Bourgogne en 1469. — Etude sur les terres engagées par l'Autriche en Alsace depuis le quatorzième siècle, spécialement la seigneurie de Florimont, par M. Louis Stouff. C. R., p. 568.

CUCHE. Examen doctrinal. Jurisprudence criminelle, p. 385.

DEMOGUE. Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle, p. 236, 295, 346.

DEREUX. Etude des diverses conceptions actuelles du contrat, p. 513.

DOUCET. La dation en nantissement des fonds de commerce, p. 558.

FERRON. De la compétence *ratione personæ* des tribunaux de commerce d'après le lieu de la promesse art. 420, C. proc. civ.), p. 226 402.

GENY. Etudes de Droit public. — I. L'Etat, le droit objectif et la loi positive, par M. L. Duguit. C. R., p. 502.

GUÉRIN. L'accession du Japon au Droit des gens européen, par le baron Alexandre de Siebold. — Traduction française de MM. Daguin et Salomon Mayer. C. R., p. 574.

HENRY. 1. Portée juridique de la clause d'imputation d'une dot sur la succession du prémourant des donateurs et subsidiairement sur celle du survivant, p. 177.

2. A travers la coutume de Paris et les Institutes coutumières de Loysel. Notes de Droit civil rétrospectif (*suite*), p. 613.

HINDENBURG. La théorie des dommages-intérêts, p. 26.

LAURENT. Histoire des croyances, superstitions, mœurs, usages et coutumes, par Fernand Nicolay. C. R., p. 631.

LE DUC. De l'art. 22 de la loi du 5 juin 1850 sur le timbre par abonnement des actions de sociétés; son interprétation, sa nullité, p. 535.

LYON-CAEN. Examen doctrinal. Jurisprudence en matière de Droit maritime, p. 449.

MÉRIGNHAC. Traité théorique et pratique de Droit international privé, par M. André Weiss. T. IV. Le conflit des lois, 2e vol. C. R., p. 444.

MICHEL. La responsabilité civile des patrons envers les ouvriers en cas d'accidents et la loi du 9 avril 1898, p. 592.

PERREAU. Clauses de non-garantie, assurances des fautes et clauses pénales, p. 485.

PINCHON. Des assurances sur la vie au profit d'autrui. — Théorie de la création directe, au profit du tiers désigné dans la police, de la créance du capital assuré. — Application de cette théorie aux cas où le tiers assuré est en conflit avec des créanciers du contractant, qui invoquent l'article 1167 du Code civil ou l'article 446 du Code de commerce, p. 470.

PRUDHOMME. 1. Manuel juridique des maladies contagieuses des animaux domestiques, par M. Félix Mercier. C. R., p. 62.

2. Traité de la prescription, t. Ier (art. 2219-2265), par M. L. Guillouard. C. R., p. 191.

3. La femme mariée. — Ses droits et ses intérêts pécuniaires, par M. Albert Aftalion. C. R., p. 318.

4. Le nouveau Code de la brasserie, par MM. H. Ferrand et Fr. Cambuzat. C. R., p. 384.

5. Recueil des actes internationaux de l'empire ottoman (T. I et II), recueillis par M. Gabriel Effendi Noradounghian. C. R., p. 629.

SAUTTER. Du groupement des petits actionnaires dans les sociétés anonymes, p. 49.

SELIGMAN. Traité théorique et pratique d'assistance publique, par MM. Derouin, Gary et Worms, avec une préface de M. Berthélemy. C. R., p. 123.

SURVILLE. Examen doctrinal. Jurisprudence française en matière de Droit international, p. 129.

TISSIER. Examen doctrinal. Jurisprudence civile. — Etat et capacité des personnes, p. 577.

VAREILLES-SOMMIÈRES (de). Un conflit sur les conflits. Réponse à M. Lainé (suite), p. 85.

VIGIÉ. Examen doctrinal. Jurisprudence civile. — Donations, p. 193.

ZÉGLICKI. De l'assurance sur la vie et de divers contrats qui en découlent, p. 109.

Ex. C. 16.

Paris. — Imp. F. Pichon, 21, rue Soufflot.

FEB 2

50e année. — Nouvelle série. — Tome XXX. — 1901

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

LÉON AUCOC
Ancien président de section au Conseil d'État, Membre de l'Institut.

C. ACCARIAS
Conseiller à la Cour de cassation, Inspecteur général honoraire des Facultés de droit.

CH. LYON-CAEN
Prof. à la Faculté de droit de Paris et à l'École des Sciences politiques, Membre de l'Institut.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

GABRIEL DEMANTE, professeur honoraire à la Faculté de droit de Paris;
E. GLASSON, membre de l'Institut, doyen de la Faculté de droit de Paris;
ED. LAFERRIÈRE, procureur général à la Cour de cassation;
L. RENAULT, professeur à la Faculté de droit de Paris.

ET DE MM.

L. ADAM, avocat à Versailles; F. ARTHUYS, professeur à la Faculté de droit de Poitiers; E. BINET, professeur à la Faculté de droit de Nancy; BOUVIER, professeur à la Faculté de droit de Lyon; BRÉMOND, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; CABOUAT, professeur à la Faculté de droit de Caen; J. CHARMONT, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; CHAUSSE, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; GARDEIL, professeur à la Faculté de droit de Nancy; A. LABORDE, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; G. LEBRET, professeur à la Faculté de droit de Caen, ancien ministre de la Justice; LE POITTEVIN, professeur à la Faculté de droit de Paris; LOUIS-LUCAS, professeur à la Faculté de droit de Dijon; CH. MASSIGLI, professeur à la Faculté de droit de Paris; H. MONNIER, professeur à la Faculté de droit de Bordeaux; PASCAUD, conseiller à la Cour d'appel de Chambéry; PLANIOL, professeur à la Faculté de droit de Paris; H. PRUDHOMME, juge d'instruction à Lille; SAUZET, professeur à la Faculté de droit de Paris; F. SURVILLE, professeur à la Faculté de droit de Poitiers; CH. TESTOUD, professeur à la Faculté de droit de Grenoble; A. TISSIER, professeur à la Faculté de droit de Dijon; A. VIGIÉ, doyen de la Faculté de droit de Montpellier; WALLON, professeur à la Faculté de droit de Toulouse; WAHL, professeur à la Faculté de droit de Lille; WEISS, professeur à la Faculté de droit de Paris.

Prix franco : 15 fr. pour la France ; — 17 fr. pour l'Étranger

TOME XXX. — N° 1. — Janvier 1901.

Tout ce qui concerne la REDACTION doit être adressé FRANCO à M. C. ACCARIAS, délégué du comité pour la direction, au bureau de la Revue.

Les ouvrages dont deux exemplaires auront été déposés à l'Administration, seront annoncés sur la couverture de la Revue : ils pourront en outre faire l'objet d'un compte rendu.

BUREAUX A PARIS

LIBRAIRIE COTILLON, F. PICHON, Sr, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT

24, rue Soufflot (5e arrt).

La Revue paraît le quinze de chaque mois. — Les abonnements partent du mois de janvier

SOMMAIRE DE LA LIVRAISON DE JANVIER 1901

Pages.

Examen doctrinal. — Jurisprudence administrative, par M. Brémond.... 1
La théorie des dommages-intérêts, par M. Hindenburg..... 26
Du groupement des petits actionnaires dans les sociétés anonymes, par M. R. Sautter..... 49

Bibliographie. — I. De la faillite civile. Nécessité de son organisation. Etude de droit comparé et de législation, par M. André Dupin; compte rendu par M. Léon Adam..... 57

II. Manuel juridique des maladies contagieuses des animaux domestiques, par M. Félix Mercier; compte rendu par M. Henri Prudhomme..... 62

AVIS. — La *Revue critique* s'imprime chez M. F. Pichon, imprimeur-éditeur, 24, rue Soufflot. C'est à cette adresse que les manuscrits et les épreuves devront être envoyés.

LES OUVRAGES ANNONCÉS SE TROUVENT A LA LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, SUCCESSEUR, ÉDITEUR,

24, rue Soufflot, 24.

ÉDITION COMPLÉTEMENT REMANIÉE

LES CODES FRANÇAIS

COLLATIONNÉS SUR LES TEXTES OFFICIELS

PAR MM.

Louis TRIPIER
Avocat
Docteur en droit

Henry MONNIER
Professeur à la Faculté de droit
de Bordeaux

CINQUANTE ET UNIÈME ÉDITION

Contenant les lois promulguées jusqu'au mois d'août 1900.

Format in-8°.. ..... 20 fr. »
— Demi-reliure..... 23 fr. »
Format petit in-18 réimprimé en caractères neufs.. 6 fr. »
— Demi-reliure..... 7 fr. 50

On vend séparément (dans le format petit in-18) :

Code civil et Constitution ..... 1 fr. 50
Code de procédure civile et tarifs.... .... 1 fr. 50
Code de commerce et sociétés..... 1 fr. 50
Codes criminel, pénal et tarifs..... 1 fr. 50
Code forestier ..... 0 fr. 75

Le prix de chaque Code séparé, en cartonnage percaline, est augmenté de 50 centimes.

N.-B. — Trois bons placés en regard du titre de chaque exemplaire des Codes français, format in-8°, permettront de retirer gratuitement pendant 3 ans les suppléments qui seront successivement publiés. — Après l'épuisement des bons *les suppléments annuels seront vendus à raison de 1 fr. 50 chaque.*

TABLES
DE LA REVUE CRITIQUE
DE
LÉGISLATION
ET DE
JURISPRUDENCE

Tables de l'origine de 1860, par M. LAFERRIÈRE, 1 vol. in-8 (1). 20 fr.
Tables de 1860 à 1870, par M. DRAMARD, 1 vol. in-8..... 4 —
Tables de 1871 à 1881. 1 vol. in-8..... 3 —
Tables de 1882 à 1899, par M. Léon ADAM, 1 vol. in-8..... 7 —

(1) Ce prix est réduit à 15 fr. pour les abonnés de la Revue. — Outre celle de la *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, ce volume contient les Tables de la *Thémis* (1819-1830); de la *Revue Fœlix* (1833-1850); de la *Revue Wolowski* (1834-1853). Enfin on y a joint la nomenclature de tous les travaux juridiques insérés dans les 42 volumes des *Séances et travaux de l'Académie des Sciences morales et politiques* de 1843 à 1859. C'est une source unique et précieuse de renseignements.

TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE DE DROIT CIVIL
CONFORME AU PROGRAMME OFFICIEL DES FACULTÉS DE DROIT

Par Marcel PLANIOL
Professeur de droit civil à la Faculté de Droit de Paris

TOME SECOND

TOME I. — 1er EXAMEN. 1 vol. in-8, 1900..... 12 fr. 50.
TOME II. — 2e EXAMEN. 1 vol. in-8, 1900..... 12 fr. 50.

L'ouvrage aura trois volumes correspondant chacun à un examen.
Le tome III paraîtra au mois d'octobre 1901.

TRAITÉ DE DROIT COMMERCIAL
PAR

CH. LYON-CAEN
Membre de l'Institut,
Professeur à la Faculté de Droit
de Paris
et à l'Ecole des Sciences politiques.

L. RENAULT
Professeur à la Faculté de Droit
de Paris
et
à l'Ecole des Sciences politiques.

2e édition

La première édition a été couronnée par l'Institut (prix Wolowski)

TOME HUITIÈME
Des Faillites, Banqueroutes et Liquidations judiciaires.
II

1 vol. in-8, 1899 .... **10** fr.

TRAITÉ DE DROIT COMMERCIAL

PAR MM.

CH. LYON-CAEN
Professeur à la Faculté de Droit de Paris
et à l'Ecole des Sciences politiques,
Membre de l'Institut.

L. RENAULT
Professeur à la Faculté de Droit de Paris
et
à l'Ecole des Sciences politiques.

Tome Ier : Des actes de commerce. — Des commerçants. — Des tribunaux de commerce. — Des conseils de prud'hommes. — Des chambres de commerce. — Des consuls. 3e édit., 1898, 1 vol. in-8.

Tome II : Des sociétés. 3e édit., 1900, 1 vol. in-8.

Tome III : Règles générales sur les contrats commerciaux. — Des preuves. — De la vente. — Du gage. — Des magasins généraux, des récépissés et des warrants. — De la commission. — Du contrat de transport. 3e édit., 1899, 1 vol in-8.

Tome IV : Des lettres de change. — Des billets à ordre. — Des chèques. — Des opérations de banque. — Du compte-courant. — Des bourses et des opérations de bourse. 3e édit., 1901, 1 vol. in-8.

Tome V : Des navires. — Des propriétaires de navires et de leur responsabilité. — Des gens de mer. — Du capitaine. — De l'affrétement. 1894, 2e édit., 1 vol. in-8.

Tome VI : Des avaries et de leur règlement. — Des abordages. — Des assurances maritimes. — Du prêt à la grosse. — De l'hypothèque maritime. — Des privilèges sur les navires. 2e édit., 1896, 1 vol. in-8.

Tomes VII et VIII : Des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires. 2e édit., 1897-1899, 2 vol. in-8.

Les huit premiers volumes parus..... 80 fr.

NOTA. — Cet ouvrage comprendra 10 vol. — La 1re édition, publiée sous le titre de *Précis de Droit commercial*, a été honorée par l'Institut du prix Wolowski.

COMMENTAIRE THÉORIQUE ET PRATIQUE DU CODE CIVIL

Par M. THÉOPHILE HUC

Président honoraire à la Cour de Paris, Professeur honoraire des Facultés de droit.

Tome Ier : Publication, effets et application des lois. — Jouissance et privation des droits civils. — Actes de l'état civil. — Domicile. — Absence (art. 1 à 143). 1892, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome II : Du mariage. — Du divorce et de la séparation de corps (art. 144 à 311). 1892, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome III : Paternité et filiation. — Adoption et tutelle officieuse. — Puissance paternelle. — Minorité, tutelle, émancipation. — Majorité. — Interdiction et conseil judiciaire (art. 312 à 515). 1892, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome IV : De la distinction des biens. — De la propriété. — De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation. — Des servitudes ou services fonciers (art. 516 à 710) 1893, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome V : Des successions. — Acceptation et répudiations. — Bénéfice d'inventaire. — Partages et rapports. — Loi du 6 février 1893, modifiant le régime de la séparation de corps (art. 711 à 892). 1893, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome VI : Donations et testaments. — Dons et legs aux établissements publics. — Substitutions permises. — Partages d'ascendants. — Donations et quotité disponible entre époux (art. 893 à 1100). 1894, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome VII : Contrats et obligations. — Condition. — Solidarité. — Indivisibilité. — Clause pénale (art. 1101 à 1233). 1894, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome VIII : Contrats et obligations (*suite*). — Modes d'extinction. — Paiement. — Subrogation. — Compensation, etc. — Modes de preuve. — Chose jugée, etc. — Quasi-contrats. — Quasi-délits (art. 1234 à 1386). 1895, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome IX : Du contrat de mariage. — Communauté légale et conventionnelle — Séparation de biens. — Régime dotal (art 1387 à 1581). (Appendice sur la loi du 25 mars 1896, concernant les enfants naturels). 1896, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome X : Vente. — Vices rédhibitoires, L. 2 août 1884. — Cession, Echange. — Louage. — Loyers et baux. — Colonat partiaire, L 10 juillet 1889. — Louage d'ouvrage et d'industrie — Voituriers, Transports. — Devis et marchés. — Cheptel (art. 1582 à 1831). (Appendice sur la loi du 20 juin 1896, sur le consentement au mariage et sur l'acte respectueux). 1897, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome XI : Société ; L. du 1er août 1893. — Du prêt à usage et de consommation ; Prêt à intérêt ; L. du 12 janvier 1886 ; Rente. — Dépôt ; Séquestre. — Contrats aléatoires, jeu, marchés à terme, loteries, assurances sur la vie (art. 1832 à 1983). 1898, 1 vol. in-8. 9 fr.

Tome XII : Mandat. — Cautionnement. — Transaction. — Contrainte par corps. — Gage et antichrèse. — Monts-de-piété et warrants (art. 1984 à 2091). 1899, 1 vol. in-8. 9 fr.

Tome XIII : Privilèges et hypothèques I (art. 2092 à 2166). 1900, 1 vol. in-8. 9 fr

L'ouvrage aura 15 volumes et sera prochainement terminé. Les volumes se vendent séparément.

Paris. — F. PICHON, 24, rue Soufflot.

MAG

50e année. — Nouvelle série. — Tome XXX. — 1901

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

LÉON AUCOC
Ancien président de section au Conseil d'État, Membre de l'Institut.

C. ACCARIAS
Conseiller à la Cour de cassation, Inspecteur général honoraire des Facultés de droit.

CH. LYON-CAEN
Prof. à la Faculté de droit de Paris et à l'École des Sciences politiques, Membre de l'Institut.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

GABRIEL DEMANTE, professeur honoraire à la Faculté de droit de Paris;
E. GLASSON, membre de l'Institut, doyen de la Faculté de droit de Paris;
ED. LAFERRIÈRE, procureur général à la Cour de cassation;
L. RENAULT, professeur à la Faculté de droit de Paris.

ET DE MM.

L. ADAM, avocat à Versailles; F. ARTHUYS, professeur à la Faculté de droit de Poitiers; E. BINET, professeur à la Faculté de droit de Nancy; BOUVIER, professeur à la Faculté de droit de Lyon; BRÉMOND, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; CABOUAT, professeur à la Faculté de droit de Caen; J. CHARMONT, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; CHAUSSE, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; GARDEIL, professeur à la Faculté de droit de Nancy; A. LABORDE, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; G. LEBRET, professeur à la Faculté de droit de Caen, ancien ministre de la Justice; LE POITTEVIN, professeur à la Faculté de droit de Paris; LOUIS-LUCAS, professeur à la Faculté de droit de Dijon; CH. MASSIGLI, professeur à la Faculté de droit de Paris; H. MONNIER, professeur à la Faculté de droit de Bordeaux; PASCAUD, conseiller à la Cour d'appel de Chambéry; PLANIOL, professeur à la Faculté de droit de Paris; H. PRUDHOMME, juge au tribunal civil de Lille; SAUZET, professeur à la Faculté de droit de Paris; F. SURVILLE, professeur à la Faculté de droit de Poitiers; CH. TESTOUD, professeur à la Faculté de droit de Grenoble; A. TISSIER, professeur à la Faculté de droit de Dijon; A. VIGIÉ, doyen de la Faculté de droit de Montpellier; WALLON, professeur à la Faculté de droit de Toulouse; WAHL, professeur à la Faculté de droit de Lille; WEISS, professeur à la Faculté de droit de Paris.

Prix franco : 15 fr. pour la France ; — 17 fr. pour l'Étranger

TOME XXX. — N° 2. — Février 1901.

Tout ce qui concerne la RÉDACTION doit être adressé FRANCO à M. C. ACCARIAS, délégué du comité pour la direction, au bureau de la Revue.

Les ouvrages dont deux exemplaires auront été déposés à l'Administration, seront annoncés sur la couverture de la Revue : ils pourront en outre faire l'objet d'un compte rendu.

BUREAUX A PARIS

LIBRAIRIE COTILLON, F. PICHON, Sr, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT

24, rue Soufflot (5e arrt).

Cette Revue paraît le *quinze* de chaque mois. — Les abonnements partent du mois de janvier

SOMMAIRE DE LA LIVRAISON DE MARS 1901

Pages.

EXAMEN DOCTRINAL. — Jurisprudence française en matière de droit international, par M. F. SERVILLE 129

Les établissements publics et la loi du 4 février 1901, par M. Léon AUCOC. 138

Portée juridique de la clause d'imputation d'une dot sur la succession du prémourant des donateurs et subsidiairement sur celle du survivant, par M. Léon HENRY 177

BIBLIOGRAPHIE. — I. Cours de Droit administratif et de Législation française des finances (7e édition), par M. Th. DUCROCQ, t. IV. L'État personnalité civile; compte rendu par M. H. BERTHÉLEMY 187

II. Traité de la prescription, t. Ier, par M. L. GUILLOUARD; compte rendu par M. Henri PRUDHOMME 191

AVIS. — La *Revue critique* **s'imprime chez M. F. Pichon, imprimeur-éditeur, 24, rue Soufflot. C'est à cette adresse que les manuscrits et les épreuves devront être envoyés.**

LES OUVRAGES ANNONCÉS SE TROUVENT A LA LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, SUCCESSEUR, ÉDITEUR,

24, rue Soufflot, 24.

ÉDITION COMPLÈTEMENT REMANIÉE

LES CODES FRANÇAIS

COLLATIONNÉS SUR LES TEXTES OFFICIELS

PAR MM.

LOUIS TRIPIER
Avocat
Docteur en droit

HENRY MONNIER
Professeur à la Faculté de droit
de Bordeaux

CINQUANTE ET UNIÈME ÉDITION

Contenant les lois promulguées jusqu'au mois d'août 1900.

Format in-8°	20 fr. »
— Demi-reliure	23 fr. »
Format petit in-18 réimprimé en caractères neufs	6 fr. »
— Demi-reliure	7 fr. 50

On vend séparément (dans le format petit in-18) :

Code civil et Constitution	1 fr. 50
Code de procédure civile et tarifs	1 fr. 50
Code de commerce et sociétés	1 fr. 50
Codes criminel, pénal et tarifs	1 fr. 50
Code forestier	0 fr. 75

Le prix de chaque Code séparé, en cartonnage percaline, est augmenté de 50 centimes.

N.-B. — Trois bons placés en regard du titre de chaque exemplaire des Codes français, format in-8°, permettront de retirer gratuitement pendant 3 ans les suppléments qui seront successivement publiés. — Après l'épuisement des bons *les suppléments annuels seront vendus à raison de 1 fr. 50 chaque.*

TABLES
DE LA REVUE CRITIQUE
DE
LÉGISLATION
ET DE
JURISPRUDENCE

Tables de l'origine de 1860, par M. Laferrière, 1 vol. in-8 (1). 20 fr.
Tables de 1860 à 1870, par M. Dramard, 1 vol. in-8 ..... 4 —
Tables de 1871 à 1881. 1 vol. in-8 ..... 3 —
Tables de 1882 à 1899, par M. Léon Adam, 1 vol. in-8 ..... 7 —

(1) Ce prix est réduit à 15 fr. pour les abonnés de la Revue. — Outre celle de la *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, ce volume contient les Tables de la *Thémis* (1819-1830); de la *Revue Fœlix* (1833-1850); de la *Revue Wolowski* (1834-1853). Enfin on y a joint la nomenclature de tous les travaux juridiques insérés dans les 42 volumes des *Séances et travaux de l'Académie des Sciences morales et politiques* de 1843 à 1859. C'est une source unique et précieuse de renseignements.

TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE DE DROIT CIVIL
CONFORME AU PROGRAMME OFFICIEL DES FACULTÉS DE DROIT

Par Marcel PLANIOL
Professeur de droit civil à la Faculté de Droit de Paris

TOME I. — 1er EXAMEN. 1 vol. in-8, 1900 ..... 12 fr. 50.
TOME II. — 2e EXAMEN. 1 vol. in-8, 1900 ..... 12 fr. 50.

L'ouvrage aura trois volumes correspondant chacun à un examen.
Le tome III paraîtra au mois d'octobre 1901.

TRAITÉ DE DROIT COMMERCIAL
PAR

CH. LYON-CAEN
Membre de l'Institut,
Professeur à la Faculté de Droit
de Paris
et à l'Ecole des Sciences politiques.

L. RENAULT
Professeur à la Faculté de Droit
de Paris
et
à l'Ecole des Sciences politiques.

2e édition

La première édition a été couronnée par l'Institut (prix Wolowski)

TOME HUITIÈME
Des Faillites, Banqueroutes et Liquidations judiciaires.
II

1 vol. in-8, 1899 ..... 10 fr.

TRAITÉ DE DROIT COMMERCIAL

PAR MM.

CH. LYON-CAEN
Professeur à la Faculté de Droit de Paris
et à l'Ecole des Sciences politiques,
Membre de l'Institut.

L. RENAULT
Professeur à la Faculté de Droit de Paris
et
à l'Ecole des Sciences politiques.

Tome Ier : Des actes de commerce. — Des commerçants. — Des tribunaux de commerce. — Des conseils de prud'hommes. — Des chambres de commerce. — Des consuls. 3e édit., 1898, 1 vol. in-8

Tome II : Des sociétés 3e édit., 1900, 1 vol. in-8.

Tome III : Règles générales sur les contrats commerciaux. — Des preuves. — De la vente. — Du gage. — Des magasins généraux, des récépissés et des warrants. — De la commission. — Du contrat de transport. 3e édit., 1899, 1 vol in-8.

Tome IV : Des lettres de change. — Des billets à ordre. — Des chèques. — Des opérations de banque — Du compte-courant. — Des bourses et des opérations de bourse. 3e édit., 1901, 1 vol. in-8

Tome V : Des navires. — Des propriétaires de navires et de leur responsabilité. — Des gens de mer. — Du capitaine — De l'affrétement. 1894, 2e édit., 1 vol. in-8.

Tome VI : Des avaries et de leur règlement. — Des abordages. — Des assurances maritimes. — Du prêt à la grosse. — De l'hypothèque maritime. — Des privilèges sur les navires. 2e édit., 1896, 1 vol in-8.

Tomes VII et VIII : Des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires. 2e édit., 1897-1899. 2 vol. in-8.

Les huit premiers volumes parus..... 80 fr.

NOTA. — Cet ouvrage comprendra 10 vol. — La 1re édition, publiée sous le titre de *Précis de Droit commercial*, a été honorée par l'Institut du prix Wolowski.

COMMENTAIRE THÉORIQUE ET PRATIQUE DU CODE CIVIL

Par M. THÉOPHILE HUC

Président honoraire à la Cour de Paris, Professeur honoraire des Facultés de droit.

Tome Ier : Publication, effets et application des lois. — Jouissance et privation des droits civils. — Actes de l'état civil. — Domicile. — Absence (art. 1 à 143). 1892, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome II : Du mariage. — Du divorce et de la séparation de corps (art. 144 à 311). 1892, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome III : Paternité et filiation. — Adoption et tutelle officieuse — Puissance paternelle. — Minorité, tutelle, émancipation. — Majorité. — Interdiction et conseil judiciaire (art. 312 à 515) 1892, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome IV : De la distinction des biens. — De la propriété. — De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation. — Des servitudes ou services fonciers (art. 516 à 710) 1893, 1 vol in-8..... 9 fr.

Tome V : Des successions. — Acceptation et répudiations. — Bénéfice d'inventaire. — Partages et rapports. — Loi du 6 février 1893, modifiant le régime de la séparation de corps (art. 711 à 892). 1893, 1 vol. in-8..... 9 fr

Tome VI : Donations et testaments — Dons et legs aux établissements publics. — Substitutions permises. — Partages d'ascendants. — Donations et quotité disponible entre époux (art. 893 à 1100). 1894, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome VII : Contrats et obligations. — Condition. — Solidarité. — Indivisibilité. — Clause pénale (art. 1101 à 1233). 1894, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome VIII : Contrats et obligations (*suite*) — Modes d'extinction. — Paiement. — Subrogation. — Compensation, etc. — Modes de preuve. — Chose jugée, etc. — Quasi-contrats. — Quasi-délits (art. 1234 à 1386). 1895, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome IX : Du contrat de mariage. — Communauté légale et conventionnelle. — Séparation de biens. — Régime dotal (art 1387 à 1581). (Appendice sur la loi du 26 mars 1896, concernant les enfants naturels). 1896, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome X : Vente. — Vices rédhibitoires, L. 2 août 1884. — Cession, Echange. — Louage. — Loyers et baux. — Colonat partiaire, L 10 juillet 1889. — Louage d'ouvrage et d'industrie — Voituriers, Transports — Devis et marchés. — Cheptel (art. 1582 à 1831). (Appendice sur la loi du 20 juin 1896, sur le consentement au mariage et sur l'acte respectueux). 1897, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome XI : Société ; L. du 1er août 1893. — Du prêt à usage et de consommation ; Prêt à intérêt ; L. du 12 janvier 1886 ; Rente. — Dépôt ; Séquestre. — Contrats aléatoires, jeu, marchés à terme, loteries, assurances sur la vie (art. 1832 à 1983). 1898, 1 v. in-8. 9 fr.

Tome XII : Mandat. — Cautionnement. — Transaction. — Contrainte par corps. — Gage et antichrèse. — Monts-de-piété et warrants (art. 1984 à 2091). 1899, 1 vol. in-8. 9 fr.

Tome XIII : Privilèges et hypothèques I (art. 2092 à 2166). 1900, 1 vol. in-8. 9 fr

L'ouvrage aura 15 volumes et sera prochainement terminé. Les volumes se vendent séparément.

Paris. — F. Pichon, 24, rue Soufflot.

50e année. — Nouvelle série. — Tome XXX. — 1901

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

LÉON AUCOC
Ancien président de section au Conseil d'État, Membre de l'Institut.

C. ACCARIAS
Conseiller à la Cour de cassation, Inspecteur général honoraire des Facultés de droit.

CH. LYON-CAEN
Prof. à la Faculté de droit de Paris et à l'École des Sciences politiques. Membre de l'Institut.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

GABRIEL DEMANTE, professeur honoraire à la Faculté de droit de Paris;
E. GLASSON, membre de l'Institut, doyen de la Faculté de droit de Paris;
ED. LAFERRIÈRE, procureur général à la Cour de cassation;
L. RENAULT, professeur à la Faculté de droit de Paris.

ET DE MM.

L. ADAM, avocat à Versailles; F. ARTHUYS, professeur à la Faculté de droit de Poitiers; E. BINET, professeur à la Faculté de droit de Nancy; BOUVIER, professeur à la Faculté de droit de Lyon; BRÉMOND, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; CABOUAT, professeur à la Faculté de droit de Caen; J. CHARMONT, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; CHAUSSE, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; GARDEIL, professeur à la Faculté de droit de Nancy; A. LABORDE, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; G. LEBRET, professeur à la Faculté de droit de Caen, ancien ministre de la Justice; LE POITTEVIN, professeur à la Faculté de droit de Paris; LOUIS-LUCAS, professeur à la Faculté de droit de Dijon; CH. MASSIGLI, professeur à la Faculté de droit de Paris; H. MONNIER, professeur à la Faculté de droit de Bordeaux; PASCAUD, conseiller à la Cour d'appel de Chambéry; PLANIOL, professeur à la Faculté de droit de Paris; H. PRUDHOMME, juge au tribunal civil de Lille; SAUZET, professeur à la Faculté de droit de Paris; F. SURVILLE, professeur à la Faculté de droit de Poitiers; CH. TESTOUD, professeur à la Faculté de droit de Grenoble; A. TISSIER, professeur à la Faculté de droit de Dijon; A. VIGIÉ, doyen de la Faculté de droit de Montpellier; WALLON, professeur à la Faculté de droit de Toulouse; WAHL, professeur à la Faculté de droit de Lille; WEISS, professeur à la Faculté de droit de Paris.

Prix franco : 15 fr. pour la France; — 17 fr. pour l'Étranger

TOME XXX. — N° 4. — Avril 1901.

Tout ce qui concerne la RÉDACTION doit être adressé FRANCO à M. C. ACCARIAS, délégué du comité pour la direction, au bureau de la Revue.

Les ouvrages dont deux exemplaires auront été déposés à l'Administration, seront annoncés sur la couverture de la Revue : ils pourront en outre faire l'objet d'un compte rendu.

BUREAUX A PARIS

LIBRAIRIE COTILLON, F. PICHON, Sr, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT

24, rue Soufflot (5e arrt).

SOMMAIRE DE LA LIVRAISON D'AVRIL 1901

Pages.

EXAMEN DOCTRINAL. — Jurisprudence civile, par M. A. VIGIÉ..... 193

De la compétence *ratione personæ* des tribunaux de commerce d'après le lieu de la promesse (art. 420, C. proc. civ.), par M. Georges FERRON..... 226

Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle, par M. DEMOGUE.... 236

AVIS. — La *Revue critique* s'imprime chez M. F. Pichon, imprimeur-éditeur, 24, rue Soufflot. C'est à cette adresse que les manuscrits et les épreuves devront être envoyés.

LES OUVRAGES ANNONCÉS SE TROUVENT A LA LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, SUCCESSEUR, ÉDITEUR,

24, rue Soufflot, 24.

ÉDITION COMPLÈTEMENT REMANIÉE

LES CODES FRANÇAIS

COLLATIONNÉS SUR LES TEXTES OFFICIELS

PAR MM.

LOUIS TRIPIER
Avocat
Docteur en droit

HENRY MONNIER
Professeur à la Faculté de droit
de Bordeaux

CINQUANTE ET UNIÈME ÉDITION

Contenant les lois promulguées jusqu'au mois d'août 1900.

Format in-8°..... 20 fr. »
— Demi-reliure..... 23 fr. »
Format petit in-18 réimprimé en caractères neufs.. 6 fr. »
— Demi-reliure..... 7 fr. 50

On vend séparément (dans le format petit in-18) :

Code civil et Constitution ..... 1 fr. 50
Code de procédure civile et tarifs.... .... 1 fr. 50
Code de commerce et sociétés..... 1 fr. 50
Codes criminel, pénal et tarifs..... 1 fr. 50
Code forestier ..... 0 fr. 75

Le prix de chaque Code séparé, en cartonnage percaline, est augmenté de 50 centimes.

N.-B. — Trois bons placés en regard du titre de chaque exemplaire des Codes français, format in-8°, permettront de retirer gratuitement pendant 3 ans les suppléments qui seront successivement publiés. — Après l'épuisement des bons *les suppléments annuels seront vendus à raison de 1 fr. 50 chaque.*

TABLES
DE LA REVUE CRITIQUE
DE
LÉGISLATION
ET DE
JURISPRUDENCE

Tables de l'origine de 1860, par M. Laferrière, 1 vol. in-8 (1). 20 fr.
Tables de 1860 à 1870, par M. Dramard, 1 vol. in-8 ..... 4 —
Tables de 1871 à 1881. 1 vol. in-8..... 3 —
Tables de 1882 à 1899, par M. Léon Adam, 1 vol. in-8..... 7 —

(1) Ce prix est réduit à 15 fr. pour les abonnés de la Revue. — Outre celle de la *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, ce volume contient les Tables de la *Thémis* (1819-1830); de la *Revue Fœlix* (1833-1850); de la *Revue Wolowski* (1834-1853). Enfin on y a joint la nomenclature de tous les travaux juridiques insérés dans les 42 volumes des *Séances et travaux de l'Académie des Sciences morales et politiques* de 1843 à 1859. C'est une source unique et précieuse de renseignements.

TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE DE DROIT CIVIL

CONFORME AU PROGRAMME OFFICIEL DES FACULTÉS DE DROIT

Par Marcel PLANIOL

Professeur de droit civil à la Faculté de Droit de Paris

TOME I. — 1er examen. 1 vol. in-8, 1900..... 12 fr. 50
TOME II. — 2e examen. 1 vol. in-8, 1900..... 12 fr. 50

L'ouvrage aura trois volumes correspondant chacun à un examen.
Le tome III paraîtra au mois d'août 1901.

TRAITÉ DE DROIT COMMERCIAL

PAR

CH. LYON-CAEN
Membre de l'Institut,
Professeur à la Faculté de Droit
de Paris
et à l'Ecole des Sciences politiques.

L. RENAULT
Professeur à la Faculté de Droit
de Paris
et
à l'Ecole des Sciences politiques.

2e édition

La première édition a été couronnée par l'Institut (prix Wolowski).

TOME HUITIÈME
Des Faillites, Banqueroutes et Liquidations judiciaires.
II

1 vol. in-8, 1899 .... 10 fr.

TRAITÉ DE DROIT COMMERCIAL

PAR MM.

CH. LYON-CAEN
Professeur à la Faculté de Droit de Paris et à l'Ecole des Sciences politiques, Membre de l'Institut.

L. RENAULT
Professeur à la Faculté de Droit de Paris et à l'Ecole des Sciences politiques.

Tome Ier : Des actes de commerce. — Des commerçants. — Des tribunaux de commerce. — Des conseils de prud'hommes. — Des chambres de commerce. — Des consuls. 3e édit., 1898, 1 vol. in-8.

Tome II : Des sociétés. 3e édit., 1900, 1 vol. in-8.

Tome III : Règles générales sur les contrats commerciaux. — Des preuves. — De la vente. — Du gage. — Des magasins généraux, des récépissés et des warrants. — De la commission. — Du contrat de transport. 3e édit., 1899, 1 vol in-8.

Tome IV : Des lettres de change. — Des billets à ordre. — Des chèques. — Des opérations de banque. — Du compte-courant. — Des bourses et des opérations de bourse. 3e édit., 1901, 1 vol. in-8.

Tome V : Des navires. — Des propriétaires de navires et de leur responsabilité. — Des gens de mer. — Du capitaine. — De l'affrétement. 3e édit. *sous presse*.

Tome VI : Des avaries et de leur règlement. — Des abordages. — Des assurances maritimes. — Du prêt à la grosse. — De l'hypothèque maritime. — Des privilèges sur les navires. 2e édit., 1896, 1 vol. in-8.

Tomes VII et VIII : Des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires. 2e édit., 1897-1899, 2 vol. in-8.

Les huit premiers volumes parus..... 80 fr.

NOTA. — Cet ouvrage comprendra 10 vol. — La 1re édition, publiée sous le titre de *Précis de Droit commercial*, a été honorée par l'Institut du prix Wolowski.

COMMENTAIRE THÉORIQUE ET PRATIQUE DU CODE CIVIL

Par M. THÉOPHILE HUC

Président honoraire à la Cour de Paris, Professeur honoraire des Facultés de droit.

Tome Ier : Publication, effets et application des lois. — Jouissance et privation des droits civils. — Actes de l'état civil. — Domicile. — Absence (art. 1 à 143). 1892, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome II : Du mariage. — Du divorce et de la séparation de corps (art. 144 à 311). 1892, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome III : Paternité et filiation. — Adoption et tutelle officieuse. — Puissance paternelle. — Minorité, tutelle, émancipation. — Majorité. — Interdiction et conseil judiciaire (art. 312 à 515). 1892, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome IV : De la distinction des biens. — De la propriété. — De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation. — Des servitudes ou services fonciers (art. 516 à 710) 1893, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome V : Des successions. — Acceptation et répudiations. — Bénéfice d'inventaire. — Partages et rapports. — Loi du 6 février 1893, modifiant le régime de la séparation de corps (art. 711 à 892). 1893, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome VI : Donations et testaments. — Dons et legs aux établissements publics. — Substitutions permises. — Partages d'ascendants. — Donations et quotité disponible entre époux (art. 893 à 1100). 1894, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome VII : Contrats et obligations. — Condition. — Solidarité. — Indivisibilité. — Clause pénale (art. 1101 à 1233). 1894, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome VIII : Contrats et obligations (*suite*). — Modes d'extinction. — Paiement. — Subrogation. — Compensation, etc. — Modes de preuve. — Chose jugée, etc. — Quasi-contrats. — Quasi-délits (art. 1234 à 1386). 1895, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome IX : Du contrat de mariage. — Communauté légale et conventionnelle — Séparation de biens. — Régime dotal (art 1387 à 1581). (Appendice sur la loi du 25 mars 1896, concernant les enfants naturels). 1896, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome X : Vente. — Vices rédhibitoires, L. 2 août 1884. — Cession, Echange. — Louage. — Loyers et baux. — Colonat partiaire, L. 10 juillet 1889. — Louage d'ouvrage et d'industrie — Voituriers, Transports. — Devis et marchés. — Cheptel (art 1582 à 1831). (Appendice sur la loi du 20 juin 1896, sur le consentement au mariage et sur l'acte respectueux). 1897, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome XI : Société; L. du 1er août 1893. — Du prêt à usage et de consommation; Prêt à intérêt; L. du 12 janvier 1886; Rente. — Dépôt; Séquestre. — Contrats aléatoires, jeu marché à terme, loteries, assurances sur la vie (art. 1832 à 1983). 1898, 1 vol in-8 9 fr.

Tome XII : Mandat. — Cautionnement. — Transaction. — Contrainte par corps. — Gage et antichrèse. — Monts-de-piété et warrants (art. 1984 à 2091). 1899, 1 vol in-8. 9 fr.

Tome XIII : Privilèges et hypothèques I (art. 2092 à 2166). 1900, 1 vol. in-8. 9 fr

Le tome XIV, qui termine le Code civil, paraîtra vers le mois de juillet 1901; le tome XV contiendra la table générale.

Paris. — F. Pichon, 24, rue Soufflot.

50e année. — Nouvelle série. — Tome XXX. — 1901

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

LÉON AUCOC
Ancien président de section au Conseil d'État, Membre de l'Institut.

C. ACCARIAS
Conseiller à la Cour de cassation, Inspecteur général honoraire des Facultés de droit.

CH. LYON-CAEN
Prof. à la Faculté de droit de Paris et à l'École des Sciences politiques, Membre de l'Institut.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

GABRIEL DEMANTE, professeur honoraire à la Faculté de droit de Paris;
E. GLASSON, membre de l'Institut, doyen de la Faculté de droit de Paris;
ED. LAFERRIÈRE, procureur général à la Cour de cassation;
L. RENAULT, professeur à la Faculté de droit de Paris.

ET DE MM.

L. ADAM, avocat à Versailles; F. ARTHUYS, professeur à la Faculté de droit de Poitiers; E. BINET, professeur à la Faculté de droit de Nancy; BOUVIER, professeur à la Faculté de droit de Lyon; BRÉMOND, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; CABOUAT, professeur à la Faculté de droit de Caen; J. CHARMONT, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; CHAUSSE, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; GARDEIL, professeur à la Faculté de droit de Nancy; A. LABORDE, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; G. LEBRET, professeur à la Faculté de droit de Caen, ancien ministre de la Justice; LE POITTEVIN, professeur à la Faculté de droit de Paris; LOUIS-LUCAS, professeur à la Faculté de droit de Dijon; CH. MASSIGLI, professeur à la Faculté de droit de Paris; H. MONNIER, professeur à la Faculté de droit de Bordeaux; PASCAUD, conseiller à la Cour d'appel de Chambéry; PLANIOL, professeur à la Faculté de droit de Paris; H. PRUDHOMME, juge au tribunal civil de Lille; SAUZET, professeur à la Faculté de droit de Paris; F. SURVILLE, professeur à la Faculté de droit de Poitiers; CH. TESTOUD, professeur à la Faculté de droit de Grenoble; A. TISSIER, professeur à la Faculté de droit de Dijon; A. VIGIÉ, doyen de la Faculté de droit de Montpellier; WALLON, professeur à la Faculté de droit de Toulouse; WAHL, professeur à la Faculté de droit de Lille; WEISS, professeur à la Faculté de droit de Paris.

Prix franco : 15 fr. pour la France; — 17 fr. pour l'Étranger

TOME XXX. — N° 5. — Mai 1901.

Tout ce qui concerne la RÉDACTION doit être adressé FRANCO à M. C. ACCARIAS, délégué du comité pour la direction, au bureau de la Revue.

Les ouvrages dont deux exemplaires auront été déposés à l'Administration, seront annoncés sur la couverture de la Revue : ils pourront en outre faire l'objet d'un compte rendu.

BUREAUX A PARIS

LIBRAIRIE COTILLON, F. PICHON, Sr, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT

24, rue Soufflot (5e arrt).

Revue paraît le quinze de chaque mois. — Les abonnements partent du mois de janv

SOMMAIRE DE LA LIVRAISON DE MAI 1901

Pages.

EXAMEN DOCTRINAL. — Jurisprudence en matière d'enregistrement, par M. E. BINET 257
Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle (*suite*). par M. DEMOGUE 295
BIBLIOGRAPHIE. — I. Traité élémentaire de Droit administratif, par M. H BERTHÉLEMY; compte rendu par M BRÉMOND. 311
I. La femme mariée. — Ses droits et ses intérêts pécuniaires, par M. Albert AFTALION; compte rendu par M. Henri PAUDHOMME..... 318

AVIS. — La *Revue critique* s'imprime chez M. F. Pichon, imprimeur-éditeur, 24, rue Soufflot. C'est à cette adresse que les manuscrits et les épreuves devront être envoyés.

LES OUVRAGES ANNONCÉS SE TROUVENT A LA LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, SUCCESSEUR, ÉDITEUR,

24, rue Soufflot, 24.

ÉDITION COMPLÉTEMENT REMANIÉE

LES CODES FRANÇAIS

COLLATIONNÉS SUR LES TEXTES OFFICIELS

PAR MM.

LOUIS TRIPIER
Avocat
Docteur en droit

HENRY MONNIER
Professeur à la Faculté de droit
de Bordeaux

CINQUANTE ET UNIÈME ÉDITION

Contenant les lois promulguées jusqu'au mois d'août 1900.

Format in-8°	20 fr.	»
— Demi-reliure	23 fr.	»
Format petit in-18 réimprimé en caractères neufs	6 fr.	»
— Demi-reliure	7 fr.	50

On vend séparément (dans le format petit in-18) :

Code civil et Constitution	1 fr.	50
Code de procédure civile et tarifs	1 fr.	50
Code de commerce et sociétés	1 fr.	50
Codes criminel, pénal et tarifs	1 fr.	50
Code forestier	0 fr.	75

Le prix de chaque Code séparé, en cartonnage percaline, est augmenté de 50 centimes.

N.-B. — Trois bons placés en regard du titre de chaque exemplaire des Codes français, format in-8°, permettront de retirer gratuitement pendant 3 ans les suppléments qui seront successivement publiés. — Après l'épuisement des bons *les suppléments annuels seront vendus à raison de 1 fr. 50 chaque.*

TRAITÉ DE DROIT COMMERCIAL

PAR MM.

CH. LYON-CAEN
Professeur à la Faculté de Droit de Paris
et à l'Ecole des Sciences politiques,
Membre de l'Institut.

L. RENAULT
Professeur à la Faculté de Droit de Paris
et
à l'Ecole des Sciences politiques.

Tome Ier : Des actes de commerce. — Des commerçants. — Des tribunaux de commerce. — Des conseils de prud'hommes. — Des chambres de commerce. — Des consuls. 3e édit., 1898, 1 vol in-8

Tome II : Des sociétés. 3e édit., 1900, 1 vol. in-8.

Tome III : Règles générales sur les contrats commerciaux. — Des preuves. — De la vente. — Du gage. — Des magasins généraux, des récépissés et des warrants. — De la commission. — Du contrat de transport. 3e édit., 1899, 1 vol in-8.

Tome IV : Des lettres de change. — Des billets à ordre. — Des chèques. — Des opérations de banque — Du compte-courant. — Des bourses et des opérations de bourse. 3e édit., 1901. 1 vol. in-8

Tome V : Des navires. — Des propriétaires de navires et de leur responsabilité. — Des gens de mer. — Du capitaine. — De l'affrétement. 3e édit. *sous presse.*

Tome VI : Des avaries et de leur règlement. — Des abordages. — Des assurances maritimes. — Du prêt à la grosse. — De l'hypothèque maritime. — Des privilèges sur les navires. 2e édit., 1896, 1 vol. in-8.

Tomes VII et VIII : Des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires. 2e édit., 1897-1899, 2 vol in-8.

Les huit premiers volumes parus..... 80 fr.

NOTA. — Cet ouvrage comprendra 10 vol. — La 1re édition, publiée sous le titre de *Précis de Droit commercial*, a été honorée par l'Institut du prix Wolowski.

COMMENTAIRE THÉORIQUE ET PRATIQUE DU CODE CIVIL

Par M. THÉOPHILE HUC

Président honoraire à la Cour de Paris, Professeur honoraire des Facultés de droit.

Tome Ier : Publication, effets et application des lois. — Jouissance et privation des droits civils. — Actes de l'état civil. — Domicile. — Absence (art. 1 à 143). 1892, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome II : Du mariage. — Du divorce et de la séparation de corps (art. 144 à 311). 1892, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome III : Paternité et filiation. — Adoption et tutelle officieuse — Puissance paternelle. — Minorité. tutelle. émancipation. — Majorité. — Interdiction et conseil judiciaire (art. 312 à 515) 1892. 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome IV : De la distinction des biens. — De la propriété. — De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation. — Des servitudes ou services fonciers (art. 516 à 710) 1893, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome V : Des successions. — Acceptation et répudiations. — Bénéfice d'inventaire. — Partages et rapports. — Loi du 6 février 1893, modifiant le régime de la séparation de corps (art. 711 à 892) 1893, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome VI : Donations et testaments — Dons et legs aux établissements publics. — Substitutions permises. — Partages d'ascendants. — Donations et quotité disponible entre époux art. 893 à 1100). 1894, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome VII : Contrats et obligations. — Condition. — Solidarité. — Indivisibilité. — Clause pénale (art. 1101 à 1233). 1894, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome VIII : Contrats et obligations (*suite*) — Modes d'extinction. — Paiement. — Subrogation. — Compensation, etc. — Modes de preuve — Chose jugée, etc. — Quasi-contrats. — Quasi-délits (art 1234 à 1386). 1895, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome IX : Du contrat de mariage. — Communauté légale et conventionnelle — Séparation de biens. Régime dotal (art 1387 à 1581). (Appendice sur la loi du 25 mars 1896, concernant les enfants naturels). 1896, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome X : Vente. — Vices rédhibitoires, L. 2 août 1884 — Cession. Echange. — Louage. — Loyers et baux — Colonat partiaire, L 10 juillet 1889 — Louage d'ouvrage et d'industrie — Voituriers. Transports — Devis et marchés. — Cheptel (art 1582 à 1831). (Appendice sur la loi du 20 juin 1896, sur le consentement au mariage et sur l'acte respectueux). 1897, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome XI : Société ; L. du 1er août 1893. — Du prêt à usage et de consommation ; Prêt à intérêt ; L. du 12 janvier 1886 ; Rente. — Dépôt ; Séquestre. — Contrats aléatoires. jeu. marchés à terme, loteries, assurances sur la vie (art. 1832 à 1983). 1898, 1 vol in-8 9 fr.

Tome XII : Mandat — Cautionnement. — Transaction. — Contrainte par corps. — Gage et antichrèse — Monts-de-piété et warrants (art. 1984 à 2091). 1899, 1 vol in-8. 9 fr.

Tome XIII : Privilèges et hypothèques I (art. 2092 à 2166). 1900, 1 vol. in-8. 9 fr.

Le tome XIV, qui termine le Code civil, paraîtra vers le mois de juillet 1901 ; le tome XV contiendra la table générale.

LA LOCOMOTION A TRAVERS L'HISTOIRE ET LES MŒURS

par Octave UZANNE

La librairie Paul Ollendorf vient d'éditer un ouvrage fort intéressant de M Octave Uzanne, intitulé *La Locomotion à travers l'Histoire et les mœurs.*

L'ouvrage de M. Uzanne est un ensemble panoramique des différents véhicules en usage principalement en France à dater du moyen âge jusqu'à l'année 1900.

Jamais heure ne fut plus propice pour la publication d'un ouvrage de ce genre, écrit avec une érudition légère et d'allure accélérée normalement appropriée à toute étude relative aux inventions cinématiques.

Le sujet, en effet, se présente si complexe et en quelque sorte si encyclopédique que cinq ou six cents gros volumes ne parviendraient pas à l'épuiser.

La Locomotion à travers l'Histoire et les mœurs se divise en dix chapitres, dont les titres expliquent abondamment l'objet : La locomotion dans l'antiquité (origine de la locomotion). — De la locomotion à travers l'univers (hier et aujourd'hui). — France : la locomotion publique, privée et royale. Transports en commun au Moyen âge, pendant la Renaissance jusqu'à Henri IV. La chevalerie la cavalerie et l'artillerie — Carrosses. Entrées solennelles. Fêtes de gala. Cérémonies funèbres, religieuses et militaires. Cavalcades. Carrousels. Coches - Les chaises à porteurs Les carrosses sous Louis XV. Les premières diligences. La locomotion sous la Révolution etc. — La locomotion depuis la Révolution. Diligences. Malles-postes. Coches Omnibus Berlines. Landaux. Coupés. — Les chemins de fer — Tramways. Automobiles. Cycles. - La locomotion à côté. — La locomotion au XXe siècle

Ajoutons pour terminer que l'ouvrage renferme un grand nombre d'illustrations et de compositons originales d'Eugène Courboin, en forme de triptiques aquarellés, des volets décoratifs de Léon Rudnicki et de belles aquarelles au patron exécutées par Sandé.

C'est un ouvrage qui doit se trouver dans la bibliothèque de tous ceux qui s'intéressent à la locomotion

TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE DE DROIT CIVIL

CONFORME AU PROGRAMME OFFICIEL DES FACULTÉS DE DROIT

Par Marcel PLANIOL

Professeur de droit civil à la Faculté de Droit de Paris

TOME I. — 1er EXAMEN. 1 vol. in-8, 1900..... 12 fr. 50

TOME II. — 2e EXAMEN. 1 vol. in-8, 1900..... 12 fr. 50

L'ouvrage aura trois volumes correspondant chacun à un examen.
Le tome III paraitra au mois d'août 1901.

TRAITÉ DE DROIT COMMERCIAL

PAR

CH. LYON-CAEN

Membre de l'Institut,
Professeur à la Faculté de Droit
de Paris
et à l'Ecole des Sciences politiques.

L. RENAULT

Professeur à la Faculté de Droit
de Paris
et
à l'Ecole des Sciences politiques.

2e édition

La première édition a été couronnée par l'Institut (prix Wolowski)

TOME HUITIÈME

Des Faillites, Banqueroutes et Liquidations judiciaires.

II

1 vol. in-8, 1899 . . . . . 10 fr.

Paris. — F. Pichon. 24. rue Soufflot.

50e année. — Nouvelle série. — Tome XXX. — 1901

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

LÉON AUCOC
Ancien président de section au Conseil d'État, Membre de l'Institut.

C. ACCARIAS
Conseiller à la Cour de cassation, Inspecteur général honoraire des Facultés de droit.

CH. LYON-CAEN
Prof. à la Faculté de droit de Paris et à l'École des Sciences politiques, Membre de l'Institut.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

GABRIEL DEMANTE, professeur honoraire à la Faculté de droit de Paris;
E. GLASSON, membre de l'Institut, doyen de la Faculté de droit de Paris;
ED. LAFERRIÈRE, procureur général à la Cour de cassation;
L. RENAULT, professeur à la Faculté de droit de Paris.

ET DE MM.

L. ADAM, avocat à Versailles; F. ARTHUYS, professeur à la Faculté de droit de Poitiers; E. BINET, professeur à la Faculté de droit de Nancy; BOUVIER, professeur à la Faculté de droit de Lyon; BRÉMOND, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; CABOUAT, professeur à la Faculté de droit de Caen; J. CHARMONT, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; CHAUSSE, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; GARDEIL, professeur à la Faculté de droit de Nancy; A. LABORDE, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; G. LEBRET, professeur à la Faculté de droit de Caen, ancien ministre de la Justice; LE POITTEVIN, professeur à la Faculté de droit de Paris; LOUIS-LUCAS, professeur à la Faculté de droit de Dijon; CH. MASSIGLI, professeur à la Faculté de droit de Paris; H. MONNIER, professeur à la Faculté de droit de Bordeaux; PASCAUD, conseiller à la Cour d'appel de Chambéry; PLANIOL, professeur à la Faculté de droit de Paris; H. PRUDHOMME, juge au tribunal civil de Lille; SAUZET, professeur à la Faculté de droit de Paris; F. SURVILLE, professeur à la Faculté de droit de Poitiers; CH. TESTOUD, professeur à la Faculté de droit de Grenoble; A. TISSIER, professeur à la Faculté de droit de Dijon; A. VIGIÉ, doyen de la Faculté de droit de Montpellier; WALLON, professeur à la Faculté de droit de Toulouse; WAHL, professeur à la Faculté de droit de Lille; WEISS, professeur à la Faculté de droit de Paris.

Prix franco : 15 fr. pour la France; — 17 fr. pour l'Étranger

TOME XXX. — N° 6. — Juin 1901.

Tout ce qui concerne la RÉDACTION doit être adressé FRANCO à M. C. ACCARIAS, délégué du comité pour la direction, au bureau de la Revue.

Les ouvrages dont deux exemplaires auront été déposés à l'Administration, seront annoncés sur la couverture de la Revue : ils pourront en outre faire l'objet d'un compte rendu.

BUREAUX A PARIS

LIBRAIRIE COTILLON, F. PICHON, Sr, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT

24, rue Soufflot (5e arrt).

Cette Revue paraît le *quinze* de chaque mois. — Les abonnements partent du mois de janvi

SOMMAIRE DE LA LIVRAISON DE JUIN 1901

Pages.

EXAMEN DOCTRINAL. — Jurisprudence commerciale 321

Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle (*suite et fin*), par M. R. DEMOGUE 346

Code civil Suisse, par M. Léon ADAM 373

BIBLIOGRAPHIE. — Le nouveau Code de la brasserie, par MM. H. FERRAND et FR. CAMBUZAT; compte rendu par M. Henri PRUDHOMME 384

AVIS. — La *Revue critique* s'imprime chez M. F. Pichon, imprimeur-éditeur, 24, rue Soufflot. C'est à cette adresse que les manuscrits et les épreuves devront être envoyés.

LES OUVRAGES ANNONCÉS SE TROUVENT A LA LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, SUCCESSEUR, ÉDITEUR,

24, rue Soufflot, 24.

ÉDITION COMPLÉTEMENT REMANIÉE

LES CODES FRANÇAIS

COLLATIONNÉS SUR LES TEXTES OFFICIELS

PAR MM.

LOUIS TRIPIER
Avocat
Docteur en droit

HENRY MONNIER
Professeur à la Faculté de droit de Bordeaux

CINQUANTE ET UNIÈME ÉDITION

Contenant les lois promulguées jusqu'au mois d'août 1900.

Format in-8°	20 fr.	»
— Demi-reliure	23 fr.	»
Format petit in-18 réimprimé en caractères neufs	6 fr.	»
— Demi-reliure	7 fr.	50

On vend séparément (dans le format petit in-18) :

Code civil et Constitution	1 fr.	50
Code de procédure civile et tarifs	1 fr.	50
Code de commerce et sociétés	1 fr.	50
Codes criminel, pénal et tarifs	1 fr.	50
Code forestier	0 fr.	75

Le prix de chaque Code séparé, en cartonnage percaline, est augmenté de 50 centimes.

N.-B. — Trois bons placés en regard du titre de chaque exemplaire des Codes français, format in-8°, permettront de retirer gratuitement pendant 3 ans les suppléments qui seront successivement publiés. — Après l'épuisement des bons *les suppléments annuels seront vendus à raison de 1 fr. 50 chaque.*

TRAITÉ DE DROIT COMMERCIAL

PAR MM.

CH. LYON-CAEN
Professeur à la Faculté de Droit de Paris
et à l'Ecole des Sciences politiques,
Membre de l'Institut.

L. RENAULT
Professeur à la Faculté de Droit de Paris
et
à l'Ecole des Sciences politiques.

Tome Ier : Des actes de commerce. — Des commerçants. — Des tribunaux de commerce. — Des conseils de prud'hommes. — Des chambres de commerce. — Des consuls. 3e édit., 1898, 1 vol in-8.

Tome II : Des sociétés. 3e édit., 1900, 1 vol. in-8.

Tome III : Règles générales sur les contrats commerciaux. — Des preuves. — De la vente — Du gage. — Des magasins généraux, des récépissés et des warrants. — De la commission. — Du contrat de transport. 3e édit., 1899, 1 vol. in-8.

Tome IV : Des lettres de change. — Des billets à ordre. — Des chèques. — Des opérations de banque — Du compte-courant. — Des bourses et des opérations de bourse. 3e édit, 1901. 1 vol. in-8.

Tome V : Des navires. — Des propriétaires de navires et de leur responsabilité. — Des gens de mer. — Du capitaine. — De l'affrétement. 3e édit. *sous presse.*

Tome VI : Des avaries et de leur règlement. — Des abordages. — Des assurances maritimes. — Du prêt à la grosse. — De l'hypothèque maritime. — Des privilèges sur les navires. 2e édit., 1896, 1 vol. in-8.

Tomes VII et VIII : Des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires. 2e édit., 1897-1899. 2 vol. in-8.

Les huit premiers volumes parus contenant le Code de commerce en entier... 80 fr.

NOTA. — Cet ouvrage comprendra 10 vol. — La 1re édition, publiée sous le titre de *Précis de Droit commercial*, a été honorée par l'Institut du prix Wolowski.

COMMENTAIRE THÉORIQUE ET PRATIQUE DU CODE CIVIL

Par M. THÉOPHILE HUC

Président honoraire à la Cour de Paris, Professeur honoraire des Facultés de droit.

Tome Ier : Publication, effets et application des lois. — Jouissance et privation des droits civils. — Actes de l'état civil. — Domicile. — Absence (art. 1 à 143). 1892, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome II : Du mariage. — Du divorce et de la séparation de corps (art. 144 à 311). 1892, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome III : Paternité et filiation. — Adoption et tutelle officieuse. — Puissance paternelle. — Minorité, tutelle, émancipation. — Majorité. — Interdiction et conseil judiciaire (art. 312 à 515) 1892, 1 vol in-8..... 9 fr.

Tome IV : De la distinction des biens. - De la propriété. — De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation. — Des servitudes ou services fonciers (art. 516 à 710) 1893, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome V : Des successions. — Acceptation et répudiations. — Bénéfice d'inventaire. — Partages et rapports. — Loi du 6 février 1893, modifiant le régime de la séparation de corps (art 711 à 892) 1893, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome VI : Donations et testam nts — Dons et legs aux établissements publics. — Substitutions permises. — Partages d'ascendants. — Donations et quotité disponible entre époux art. 893 à 1100). 1894, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome VII ; Contrats et obligations. — Condition. — Solidarité. — Indivisibilité. — Clause pénale (art. 1101 à 1233). 1894, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome VIII : Contrats et obligations (*suite*) — Modes d'extinction. — Paiement. — Subrogation. — Compensation, etc. — Modes de preuve. — Chose jugée, etc. — Quasi-contrats — Quasi-délits (art 1234 à 1386) 1895, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome IX : Du contrat de mariage. — Communauté légale et conventionnelle — Séparation de biens. Régime dotal (art 1387 à 1581) (Appendice sur la loi du 25 mars 1896, concernant les enfants naturels). 1896, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome X : Vente. — Vices rédhibitoires, L. 2 août 1884 — Cession, Echange. — Louage. — Loyers et baux — Colonat partiaire, L 10 juillet 1889 — Louage d'ouvrage et d'industrie — Voituriers. Transports — Devis et marchés. — Cheptel (art 1582 à 1831) (Appendice sur la loi du 20 juin 1896, sur le consentement au mariage et sur l'acte respectueux). 1897, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome XI : Société ; L. du 1er août 1893. — Du prêt à usage et de consommation ; Prêt à intérêt ; L. du 12 janvier 1886 ; Rente. — Dépôt ; Séquestre. — Contrats aléatoires. Jeu. marchés à terme, loteries, assurances sur la vie (art. 1832 à 1983). 1898, 1 v in-8. 9 fr.

Tome XII : Mandat — Cautionnement. — Transaction. — Contrainte par corps. — Gage et antichrèse — Monts-de-piété et warrants (art. 1984 à 2091). 1899, 1 vol in-8. 9 fr

Tome XIII : Privilèges et hypothèques I (art 2092 à 2166). 1900, 1 vol. in-8. 9 fr.

Le tome XIV, qui termine le Code civil, paraîtra vers le mois de juillet 1901 ; le tom XV contiendra la table générale.

DE LA

DÉCLARATION DE VOLONTÉ

CONTRIBUTION A L'ÉTUDE

DE L'ACTE JURIDIQUE DANS LE CODE CIVIL ALLEMAND

(ART. 116 A 144)

PAR

Raymond SALEILLES

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

Un volume in-8. . . . . 9 fr.

TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE DE DROIT CIVIL

CONFORME AU PROGRAMME OFFICIEL DES FACULTÉS DE DROIT

Par Marcel PLANIOL

Professeur de droit civil à la Faculté de Droit de Paris

TOME I. — 1er EXAMEN. 1 vol. in-8, 1900..... 12 fr. 50
TOME II. — 2e EXAMEN. 1 vol. in-8, 1900..... 12 fr. 50
TOME III. — 3e EXAMEN. 1 vol. in-8, 1901..... 12 fr. 50

L'ouvrage est complet en trois volumes correspondant chacun à un examen.

TRAITÉ DE DROIT COMMERCIAL

PAR

CH. LYON-CAEN
Membre de l'Institut,
Professeur à la Faculté de Droit
de Paris
et à l'Ecole des Sciences politiques.

L. RENAULT
Professeur à la Faculté de Droit
de Paris
et
à l'Ecole des Sciences politiques.

2e édition

La première édition a été couronnée par l'Institut (prix Wolowski)

TOME HUITIÈME

Des Faillites, Banqueroutes et Liquidations judiciaires.

II

1 vol. in-8, 1899 . . . . . 10 fr.

Paris. — F. PICHON, 24, rue Soufflot.

FIUL 5 1901

50e année. — Nouvelle série. — Tome XXX. — 1901

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

LÉON AUCOC
Ancien président de section au Conseil d'État, Membre de l'Institut.

G. ACCARIAS
Conseiller à la Cour de cassation, Inspecteur général honoraire des Facultés de droit.

CH. LYON-CAEN
Prof. à la Faculté de droit de Paris et à l'École des Sciences politiques, Membre de l'Institut.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

GABRIEL DEMANTE, professeur honoraire à la Faculté de droit de Paris;
E. GLASSON, membre de l'Institut, doyen de la Faculté de droit de Paris;
L. RENAULT, membre de l'Institut, professeur à la Faculté de droit de Paris.

ET DE MM.

L. ADAM, avocat à la Cour d'appel de Paris; F. ARTHUYS, professeur à la Faculté de droit de Poitiers; E. BINET, professeur à la Faculté de droit de Nancy; BOUVIER, professeur à la Faculté de droit de Lyon; BRÉMOND, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; CABOUAT, professeur à la Faculté de droit de Caen; J. CHARMONT, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; CHAUSSE, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; GARDEIL, professeur à la Faculté de droit de Nancy; A. LABORDE, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; G. LEBRET, professeur à la Faculté de droit de Caen, ancien ministre de la Justice; LE POITTEVIN, professeur à la Faculté de droit de Paris; LOUIS-LUCAS, professeur à la Faculté de droit de Dijon; CH. MASSIGLI, professeur à la Faculté de droit de Paris; H. MONNIER, professeur à la Faculté de droit de Bordeaux; PASCAUD, conseiller à la Cour d'appel de Chambéry; PLANIOL, professeur à la Faculté de droit de Paris; H. PRUDHOMME, juge au tribunal civil de Lille; SAUZET, professeur à la Faculté de droit de Paris; F. SURVILLE, professeur à la Faculté de droit de Poitiers; CH. TESTOUD, professeur à la Faculté de droit de Grenoble; A. TISSIER, professeur à la Faculté de droit de Dijon; A. VIGIÉ, doyen de la Faculté de droit de Montpellier; WALLON, professeur à la Faculté de droit de Toulouse; WAHL, professeur à la Faculté de droit de Lille; WEISS, professeur à la Faculté de droit de Paris.

Prix franco : 15 fr. pour la France; — 17 fr. pour l'Étranger

TOME XXX. — N° 7-8. — Juillet-Août 1901.

Tout ce qui concerne la RÉDACTION doit être adressé FRANCO à M. C. ACCARIAS, délégué du comité pour la direction, au bureau de la Revue.

Les ouvrages dont deux exemplaires auront été déposés à l'Administration, seront annoncés sur la couverture de la Revue : ils pourront en outre faire l'objet d'un compte rendu.

BUREAUX A PARIS

LIBRAIRIE COTILLON, F. PICHON, Sr, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT

24, rue Soufflot (5e arrt).

SOMMAIRE DE LA LIVRAISON DE JUILLET-AOUT 1901

Pages.

EXAMEN DOCTRINAL. — Jurisprudence criminelle, par M. Paul CUCHE..... 385

De la compétence *ratione personæ* des tribunaux de commerce d'après le lieu de la promesse (art. 420, C. proc. civ.) (*suite et fin*), par M. Georges FERRON..... 402

La propriété corporative, par M. J. CHARMONT..... 430

BIBLIOGRAPHIE. — Traité théorique et pratique de droit international privé, par M. André WEISS; compte rendu par M A. MÉRIGNHAC..... 444

AVIS. — La *Revue critique* s'imprime chez M. F. Pichon, imprimeur-éditeur, 24, rue Soufflot. C'est à cette adresse que les manuscrits et les épreuves devront être envoyés.

LES OUVRAGES ANNONCÉS SE TROUVENT A LA LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, SUCCESSEUR, ÉDITEUR,

24, rue Soufflot, 24.

ÉDITION COMPLÉTEMENT REMANIÉE

LES CODES FRANÇAIS

COLLATIONNÉS SUR LES TEXTES OFFICIELS

PAR MM.

LOUIS TRIPIER
Avocat
Docteur en droit

HENRY MONNIER
Professeur à la Faculté de droit de Bordeaux

CINQUANTE ET UNIÈME ÉDITION

Contenant les lois promulguées jusqu'au mois d'août 1900.

Format in-8°.....	20 fr.	»
— Demi-reliure.....	23 fr.	»
Format petit in-18 réimprimé en caractères neufs..	6 fr.	»
— Demi-reliure.....	7 fr.	50

On vend séparément (dans le format petit in-18) :

Code civil et Constitution.....	1 fr.	50
Code de procédure civile et tarifs.....	1 fr.	50
Code de commerce et sociétés.....	1 fr.	50
Codes criminel, pénal et tarifs.....	1 fr.	50
Code forestier.....	0 fr.	75

Le prix de chaque Code séparé, en cartonnage percaline, est augmenté de 50 centimes.

N.-B. — Trois bons placés en regard du titre de chaque exemplaire des Codes français, format in-8°, permettront de retirer gratuitement pendant 3 ans les suppléments qui seront successivement publiés. — Après l'épuisement des bons *les suppléments annuels seront vendus à raison de 1 fr. 50 chaque.*

TRAITÉ DE DROIT COMMERCIAL

PAR MM.

CH. LYON-CAEN
Professeur à la Faculté de Droit de Paris
et à l'Ecole des Sciences politiques,
Membre de l'Institut.

L. RENAULT
Professeur à la Faculté de Droit de Paris
et
à l'Ecole des Sciences politiques.

Tome Ier : Des actes de commerce. — Des commerçants. — Des tribunaux de commerce. — Des conseils de prud'hommes. — Des chambres de commerce. — Des consuls. 3e édit., 1898, 1 vol. in-8.

Tome II : Des sociétés. 3e édit., 1900, 1 vol. in-8.

Tome III : Règles générales sur les contrats commerciaux. — Des preuves. — De la vente. — Du gage. — Des magasins généraux, des récépissés et des warrants. — De la commission. — Du contrat de transport. 3e édit., 1899, 1 vol. in-8.

Tome IV : Des lettres de change. — Des billets à ordre. — Des chèques. — Des opérations de banque. — Du compte-courant. — Des bourses et des opérations de bourse. 3e édit., 1901, 1 vol. in-8.

Tome V : Des navires. — Des propriétaires de navires et de leur responsabilité. — Des gens de mer. — Du capitaine. — De l'affrétement. 3e édit. *sous presse.*

Tome VI : Des avaries et de leur règlement. — Des abordages. — Des assurances maritimes. — Du prêt à la grosse. — De l'hypothèque maritime. — Des privilèges sur les navires. 2e édit., 1896, 1 vol. in-8.

Tomes VII et VIII : Des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires. 2e édit., 1897-1899, 2 vol. in-8.

Les huit premiers volumes parus contenant le Code de commerce en entier... 80 fr.

NOTA. — Cet ouvrage comprendra 10 vol. — La 1re édition, publiée sous le titre de *Précis de Droit commercial*, a été honorée par l'Institut du prix Wolowski.

COMMENTAIRE THÉORIQUE ET PRATIQUE DU CODE CIVIL

Par M. THÉOPHILE HUC

Président honoraire à la Cour de Paris, Professeur honoraire des Facultés de droit.

Tome Ier : Publication, effets et application des lois. — Jouissance et privation des droits civils. — Actes de l'état civil. — Domicile. — Absence (art. 1 à 143). 1892, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome II : Du mariage. — Du divorce et de la séparation de corps (art. 144 à 311). 1892, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome III : Paternité et filiation. — Adoption et tutelle officieuse. — Puissance paternelle. — Minorité, tutelle, émancipation. — Majorité. — Interdiction et conseil judiciaire (art. 312 à 515). 1892, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome IV : De la distinction des biens. — De la propriété. — De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation. — Des servitudes ou services fonciers (art. 516 à 710). 1893, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome V : Des successions. — Acceptation et répudiations. — Bénéfice d'inventaire. — Partages et rapports. — Loi du 6 février 1893, modifiant le régime de la séparation de corps (art. 711 à 892). 1893, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome VI : Donations et testaments. — Dons et legs aux établissements publics. — Substitutions permises. — Partages d'ascendants. — Donations et quotité disponible entre époux (art. 893 à 1100). 1894, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome VII : Contrats et obligations. — Condition. — Solidarité. — Indivisibilité. — Clause pénale (art. 1101 à 1233). 1894, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome VIII : Contrats et obligations (*suite*). — Modes d'extinction. — Paiement. — Subrogation. — Compensation, etc. — Modes de preuve. — Chose jugée, etc. — Quasi-contrats. — Quasi-délits (art. 1234 à 1386). 1895, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome IX : Du contrat de mariage. — Communauté légale et conventionnelle. — Séparation de biens. — Régime dotal (art 1387 à 1581). (Appendice sur la loi du 25 mars 1896, concernant les enfants naturels). 1896, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome X : Vente. — Vices rédhibitoires, L. 2 août 1884. — Cession, Echange. — Louage. — Loyers et baux. — Colonat partiaire, L. 10 juillet 1889. — Louage d'ouvrage et d'industrie. — Voituriers, Transports. — Devis et marchés. — Cheptel (art. 1582 à 1831). (Appendice sur la loi du 20 juin 1896, sur le consentement au mariage et sur l'acte respectueux). 1897, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome XI : Société ; L. du 1er août 1893. — Du prêt à usage et de consommation ; Prêt à intérêt ; L. du 12 janvier 1886 ; Rente. — Dépôt ; Séquestre. — Contrats aléatoires, jeu, marchés à terme, loteries, assurances sur la vie (art. 1832 à 1983). 1898, 1 v. in-8. 9 fr.

Tome XII : Mandat. — Cautionnement. — Transaction. — Contrainte par corps. — Gage et antichrèse. — Monts-de-piété et warrants (art. 1984 à 2091). 1899, 1 vol. in-8. 9 fr.

Tome XIII : Privilèges et hypothèques I (art. 2092 à 2166). 1900, 1 vol. in-8. 9 fr.

Le tome XIV, qui termine le Code civil, paraîtra vers le mois d'août 1901 ; le tome XV contiendra la table générale.

DE LA

DÉCLARATION DE VOLONTÉ

CONTRIBUTION A L'ÉTUDE

DE L'ACTE JURIDIQUE DANS LE CODE CIVIL ALLEMAND

(ART. 116 A 144)

PAR

Raymond SALEILLES

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

Un volume in-8. . . . . 9 fr.

TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE DE DROIT CIVIL

CONFORME AU PROGRAMME OFFICIEL DES FACULTÉS DE DROIT

Par Marcel PLANIOL

Professeur de droit civil à la Faculté de Droit de Paris

TOME I. — 1er EXAMEN. 1 vol. in-8, 1900..... 12 fr. 50
TOME II. — 2e EXAMEN. 1 vol. in-8, 1900..... 12 fr. 50
TOME III. — 3e EXAMEN. 1 vol. in-8, 1901..... 12 fr. 50

L'ouvrage est complet en trois volumes correspondant chacun à un examen.

TRAITÉ DE DROIT COMMERCIAL

PAR

CH. LYON-CAEN
Membre de l'Institut,
Professeur à la Faculté de Droit
de Paris
et à l'Ecole des Sciences politiques.

L. RENAULT
Professeur à la Faculté de Droit
de Paris
et
à l'Ecole des Sciences politiques.

2e édition

La première édition a été couronnée par l'Institut (prix Wolowski)

TOME HUITIÈME

Des Faillites, Banqueroutes et Liquidations judiciaires.

1 vol. in-8, 1899 . . . . . 10 fr.

Paris. — F. PICHON, 24, rue Soufflot.

50e année. — Nouvelle série. — Tome XXX. — 1901

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

LÉON AUCOC
Ancien président de section au Conseil d'État, Membre de l'Institut.

C. ACCARIAS
Conseiller à la Cour de cassation, Inspecteur général honoraire des Facultés de droit.

CH. LYON-CAEN
Prof. à la Faculté de droit de Paris et à l'École des Sciences politiques, Membre de l'Institut.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

GABRIEL DEMANTE, professeur honoraire à la Faculté de droit de Paris;
E. GLASSON, membre de l'Institut, doyen de la Faculté de droit de Paris;
L. RENAULT, membre de l'Institut, professeur à la Faculté de droit de Paris.

ET DE MM.

L. ADAM, avocat à la Cour d'appel de Paris; F. ARTHUYS, professeur à la Faculté de droit de Poitiers; E. BINET, professeur à la Faculté de droit de Nancy; BOUVIER, professeur à la Faculté de droit de Lyon; BRÉMOND, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; CABOUAT, professeur à la Faculté de droit de Caen; J. CHARMONT, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; CHAUSSE, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; GARDEIL, professeur à la Faculté de droit de Nancy; A. LABORDE, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; G. LEBRET, professeur à la Faculté de droit de Caen, ancien ministre de la Justice; LE POITTEVIN, professeur à la Faculté de droit de Paris; LOUIS-LUCAS, professeur à la Faculté de droit de Dijon; CH. MASSIGLI, professeur à la Faculté de droit de Paris; H. MONNIER, professeur à la Faculté de droit de Bordeaux; PASCAUD, conseiller à la Cour d'appel de Chambéry; PLANIOL, professeur à la Faculté de droit de Paris; H. PRUDHOMME, juge au tribunal civil de Lille; SAUZET, professeur à la Faculté de droit de Paris; F. SURVILLE, professeur à la Faculté de droit de Poitiers; CH. TESTOUD, professeur à la Faculté de droit de Grenoble; A. TISSIER, professeur à la Faculté de droit de Dijon; A. VIGIÉ, doyen de la Faculté de droit de Montpellier; WALLON, professeur à la Faculté de droit de Toulouse; WAHL, professeur à la Faculté de droit de Lille; WEISS, professeur à la Faculté de droit de Paris.

Prix franco : 15 fr. pour la France; — 17 fr. pour l'Étranger

TOME XXX. — N° 9-10. — Sept.-Oct. 1901.

Tout ce qui concerne la REDACTION doit être adressé FRANCO à M. C. ACCARIAS, délégué du comité pour la direction, au bureau de la Revue.

Les ouvrages dont deux exemplaires auront été déposés à l'Administration, seront annoncés sur la couverture de la Revue : ils pourront en outre faire l'objet d'un compte rendu.

BUREAUX A PARIS

LIBRAIRIE COTILLON, F. PICHON, Sr, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT

24, rue Soufflot (5e arrt).

Cette Revue paraît le *quinze* de chaque mois. — Les abonnements partent du mois de janvier

SOMMAIRE DE LA LIVRAISON DE SEPT.-OCT. 1901

Pages.

EXAMEN DOCTRINAL. — Jurisprudence en matière de droit maritime (année judiciaire 1899-1900), par M. CH. LYON-CAEN. 449

Assurances sur la vie au profit d'autrui, par M. F. PINCHON..... 470

Clauses de non-garantie, assurance des fautes et clauses pénales, par M. E.-H. PERREAU..... 485

BIBLIOGRAPHIE. Etudes de droit public. I. L'État, le droit objectif et la loi positive, par M. L. DUGUIT, compte rendu par M. F. GÉNY..... 502

Les États-Unis et la doctrine de Monroë, par M. HECTOR PÉTIN, compte rendu par M. LÉON ADAM..... 510

AVIS. — La *Revue critique* s'imprime chez M. F. Pichon, imprimeur-éditeur, 24, rue Soufflot. C'est à cette adresse que les manuscrits et les épreuves devront être envoyés.

LES OUVRAGES ANNONCÉS SE TROUVENT A LA LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, SUCCESSEUR, ÉDITEUR,

24, rue Soufflot, 24.

ÉDITION COMPLÉTEMENT REMANIÉE

LES CODES FRANÇAIS

COLLATIONNÉS SUR LES TEXTES OFFICIELS

PAR MM.

LOUIS TRIPIER
Avocat
Docteur en droit

HENRY MONNIER
Professeur à la Faculté de droit
de Bordeaux

CINQUANTE ET UNIÈME ÉDITION

Contenant les lois promulguées jusqu'au mois d'août 1900.

Format in-8°.....	20 fr.	»
— Demi-reliure.....	23 fr.	»
Format petit in-18 réimprimé en caractères neufs..	6 fr.	»
— Demi-reliure.....	7 fr.	50

On vend séparément (dans le format petit in-18) :

Code civil et Constitution	1 fr.	50
Code de procédure civile et tarifs....	1 fr.	50
Code de commerce et sociétés.....	1 fr.	50
Codes criminel, pénal et tarifs.....	1 fr.	50
Code forestier	0 fr.	75

Le prix de chaque Code séparé, en cartonnage percaline, est augmenté de 50 centimes.

N.-B. — Trois bons placés en regard du titre de chaque exemplaire des Codes français, format in-8°, permettront de retirer gratuitement pendant 3 ans les suppléments qui seront successivement publiés. — Après l'épuisement des bons *les suppléments annuels seront vendus à raison de 1 fr. 50 chaque.*

TRAITÉ DE DROIT COMMERCIAL

PAR MM.

CH. LYON-CAEN
Professeur à la Faculté de Droit de Paris
et à l'Ecole des Sciences politiques,
Membre de l'Institut.

L. RENAULT
Professeur à la Faculté de Droit de Paris
et à l'Ecole des Sciences politiques,
Membre de l'Institut.

Tome Ier : Des actes de commerce. — Des commerçants. — Des tribunaux de commerce. — Des conseils de prud'hommes. — Des chambres de commerce. — Des consuls. 3e édit., 1893, 1 vol. in-8.

Tome II : Des sociétés. 3e édit., 1900, 1 vol. in-8.

Tome III : Règles générales sur les contrats commerciaux. — Des preuves. — De la vente. — Du gage. — Des magasins généraux, des récépissés et des warrants. — De la commission. — Du contrat de transport. 3e édit., 1899, 1 vol. in-8.

Tome IV : Des lettres de change. — Des billets à ordre. — Des chèques. — Des opérations de banque. — Du compte-courant. — Des bourses et des opérations de bourse. 3e édit., 1901, 1 vol. in-8.

Tome V : Des navires. — Des propriétaires de navires et de leur responsabilité. — Des gens de mer. — Du capitaine. — De l'affrétement. 3e édit., 1901, 1 vol. in-8.

Tome VI : Des avaries et de leur règlement. — Des abordages. — Des assurances maritimes. — Du prêt à la grosse. — De l'hypothèque maritime. — Des privilèges sur les navires. 2e édit., 1896, 1 vol. in-8.

Tomes VII et VIII : Des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires. 2e édit., 1897-1899, 2 vol. in-8.

Les huit premiers volumes parus contenant le Code de commerce en entier... 80 fr.

NOTA. — Cet ouvrage comprendra 10 vol. — La 1re édition, publiée sous le titre de *Précis de Droit commercial*, a été honorée par l'Institut du prix Wolowski.

COMMENTAIRE THÉORIQUE ET PRATIQUE DU CODE CIVIL

Par M. THÉOPHILE HUC

Président honoraire à la Cour de Paris, Professeur honoraire des Facultés de droit.

Tome Ier : Publication, effets et application des lois. — Jouissance et privation des droits civils. — Actes de l'état civil. — Domicile. — Absence (art. 1 à 143). 1892, 1 vol. in-8 ..... 9 fr.

Tome II : Du mariage. — Du divorce et de la séparation de corps (art. 144 à 311). 1892, 1 vol. in-8 ..... 9 fr.

Tome III : Paternité et filiation. — Adoption et tutelle officieuse. — Puissance paternelle. — Minorité, tutelle, émancipation. — Majorité. — Interdiction et conseil judiciaire (art. 312 à 515) 1892, 1 vol. in-8 ..... 9 fr.

Tome IV : De la distinction des biens. — De la propriété. — De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation. — Des servitudes ou services fonciers (art. 516 à 710). 1893, 1 vol. in-8 ..... 9 fr.

Tome V : Des successions. — Acceptation et répudiations. — Bénéfice d'inventaire. — Partages et rapports. — Loi du 6 février 1893, modifiant le régime de la séparation de corps (art. 711 à 892). 1893, 1 vol. in-8 ..... 9 fr.

Tome VI : Donations et testaments. — Dons et legs aux établissements publics. — Substitutions permises. — Partages d'ascendants. — Donations et quotité disponible entre époux (art. 893 à 1100). 1894, 1 vol. in-8 ..... 9 fr.

Tome VII : Contrats et obligations. — Condition. — Solidarité. — Indivisibilité. — Clause pénale (art. 1101 à 1233). 1894, 1 vol. in-8 ..... 9 fr.

Tome VIII : Contrats et obligations (*suite*). — Modes d'extinction. — Paiement. — Subrogation. — Compensation, etc. — Modes de preuve. — Chose jugée, etc. — Quasi-contrats. — Quasi-délits (art. 1234 à 1386). 1895, 1 vol. in-8 ..... 9 fr.

Tome IX : Du contrat de mariage. — Communauté légale et conventionnelle. — Séparation de biens. — Régime dotal (art 1387 à 1581). (Appendice sur la loi du 25 mars 1896, concernant les enfants naturels). 1896, 1 vol. in-8 ..... 9 fr.

Tome X : Vente. — Vices rédhibitoires, L. 2 août 1884. — Cession, Echange. — Louage. — Loyers et baux. — Colonat partiaire, L. 10 juillet 1889. — Louage d'ouvrage et d'industrie. — Voituriers, Transports. — Devis et marchés. — Cheptel (art. 1582 à 1831). (Appendice sur la loi du 20 juin 1896, sur le consentement au mariage et sur l'acte respectueux). 1897, 1 vol. in-8 ..... 9 fr.

Tome XI : Société ; L. du 1er août 1893. — Du prêt à usage et de consommation ; Prêt à intérêt ; L. du 12 janvier 1886 ; Rente. — Dépôt ; Séquestre. — Contrats aléatoires, jeu, marchés à terme, loteries, assurances sur la vie (art. 1832 à 1983). 1898, 1 v. in-8. 9 fr.

Tome XII : Mandat. — Cautionnement. — Transaction. — Contrainte par corps. — Gage et antichrèse. — Monts-de-piété et warrants (art. 1984 à 2091). 1899, 1 vol. in-8. 9 fr.

Tome XIII : Privilèges et hypothèques I (art. 2092 à 2166). 1900, 1 vol. in-8. 9 fr.

Tome XIV : Privilèges et hypothèques II. — Expropriation forcée. — Prescription (art. 2167 à 2281). 1902, 1 vol. in-8 ..... 9 fr.

L'ouvrage est complet en 14 volumes. Chaque volume se vend séparément. Une table générale des matières paraîtra ultérieurement.

DE LA

DÉCLARATION DE VOLONTÉ

CONTRIBUTION A L'ÉTUDE

DE L'ACTE JURIDIQUE DANS LE CODE CIVIL ALLEMAND

(ART. 116 A 144)

PAR

Raymond SALEILLES

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

Un volume in-8. . . . . 9 fr.

TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE DE DROIT CIVIL

CONFORME AU PROGRAMME OFFICIEL DES FACULTÉS DE DROIT

Par Marcel PLANIOL

Professeur de droit civil à la Faculté de Droit de Paris

TOME I. — 1er EXAMEN. *2e édition*, 1 vol. in-8, 1901..... 12 fr. 50
TOME II. — 2e EXAMEN. 1 vol. in-8, 1900..... 12 fr. 5
TOME III. — 3e EXAMEN. 1 vol. in-8, 1901..... 12 fr. 50

L'ouvrage est complet en trois volumes correspondant chacun à un examen.

TRAITÉ DE DROIT COMMERCIAL

PAR

CH. LYON-CAEN
Membre de l'Institut,
Professeur à la Faculté de Droit
de Paris
et à l'Ecole des Sciences politiques.

L. RENAULT
Membre de l'Institut,
Professeur à la Faculté de Droit
de Paris
et à l'Ecole des Sciences politiques.

2e édition

La première édition a été couronnée par l'Institut (prix Wolowski)

TOME HUITIÈME

Des Faillites, Banqueroutes et Liquidations judiciaires.

II

1 vol. in-8, 1899 . . . . . 10 fr.

Paris. — F. Pichon, 24, rue Soufflot.

NOV 2

50e année. — Nouvelle série. — Tome XXX. — 1901

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

LÉON AUCOC
Ancien président de section au Conseil d'État, Membre de l'Institut.

C. ACCARIAS
Conseiller à la Cour de cassation, Inspecteur général honoraire des Facultés de droit.

CH. LYON-CAEN
Prof. à la Faculté de droit de Paris et à l'École des Sciences politiques, Membre de l'Institut.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

GABRIEL DEMANTE, professeur honoraire à la Faculté de droit de Paris;
E. GLASSON, membre de l'Institut, doyen de la Faculté de droit de Paris;
L. RENAULT, membre de l'Institut, professeur à la Faculté de droit de Paris.

ET DE MM.

L. ADAM, avocat à la Cour d'appel de Paris; F. ARTHUYS, professeur à la Faculté de droit de Poitiers; E. BINET, professeur à la Faculté de droit de Nancy; BOUVIER, professeur à la Faculté de droit de Lyon; BRÉMOND, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; CABOUAT, professeur à la Faculté de droit de Caen; J. CHARMONT, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; CHAUSSE, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; GARDEIL, professeur à la Faculté de droit de Nancy; A. LABORDE, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; G. LEBRET, professeur à la Faculté de droit de Caen, ancien ministre de la Justice; LE POITTEVIN, professeur à la Faculté de droit de Paris; LOUIS-LUCAS, professeur à la Faculté de droit de Dijon; CH. MASSIGLI, professeur à la Faculté de droit de Paris; H. MONNIER, professeur à la Faculté de droit de Bordeaux; PASCAUD, conseiller à la Cour d'appel de Chambéry; PLANIOL, professeur à la Faculté de droit de Paris; H. PRUDHOMME, juge au tribunal civil de Lille; SAUZET, professeur à la Faculté de droit de Paris; F. SURVILLE, professeur à la Faculté de droit de Poitiers; CH. TESTOUD, professeur à la Faculté de droit de Grenoble; A. TISSIER, professeur à la Faculté de droit de Dijon; A. VIGIÉ, doyen de la Faculté de droit de Montpellier; WALLON, professeur à la Faculté de droit de Toulouse; WAHL, professeur à la Faculté de droit de Lille; WEISS, professeur à la Faculté de droit de Paris.

Prix franco : 15 fr. pour la France; — 17 fr. pour l'Étranger

TOME XXX. — N° 11. — Novembre 1901.

Tout ce qui concerne la RÉDACTION doit être adressé FRANCO à M. C. ACCARIAS, délégué du comité pour la direction, au bureau de la Revue.

Les ouvrages dont deux exemplaires auront été déposés à l'Administration, seront annoncés sur la couverture de la Revue : ils pourront en outre faire l'objet d'un compte rendu.

BUREAUX A PARIS

LIBRAIRIE COTILLON, F. PICHON, Sr, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT

24, rue Soufflot (5e arrt).

Cette Revue paraît le *quinze* de chaque mois. — Les abonnements partent du mois de janvi

SOMMAIRE DE LA LIVRAISON DE NOVEMBRE 1901

Pages.
Étude des diverses conceptions actuelles du contrat, par M. Georges Dereux. 513
De l'art. 22 de la loi du 5 juin 1850 sur le timbre par abonnement des actions de sociétés; son interprétation, sa nullité, par M. Emile Le Duc.. 535
La dation en nantissement des fonds de commerce, par M. F. Doucet.... 558
Bibliographie.— I. Les origines de l'annexion de la Haute-Alsace à la Bourgogne en 1469, par M. Louis Stouff, compte-rendu par M. J. Charmont. 568
II. Le gouvernement parlementaire en Angleterre, par M. A. Tood, traduit de Spencer Walpole, compte-rendu par M. Emile Bouvier 571
III. L'accession du Japon au droit des gens européen, par le baron Alexandre de Siebold, traduction de MM. Daguin et Salomon Mayer, compte-rendu par M. L. Guérin 574

AVIS. — La *Revue critique* s'imprime chez M. F. Pichon, imprimeur-éditeur, 24, rue Soufflot. C'est à cette adresse que les manuscrits et les épreuves devront être envoyés.

LES OUVRAGES ANNONCÉS SE TROUVENT A LA LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, SUCCESSEUR, ÉDITEUR,

24, rue Soufflot, 24.

ÉDITION COMPLÉTEMENT REMANIÉE

LES CODES FRANÇAIS

COLLATIONNÉS SUR LES TEXTES OFFICIELS

PAR MM.

Louis TRIPIER
Avocat
Docteur en droit

Henry MONNIER
Professeur à la Faculté de droit de Bordeaux

CINQUANTE-DEUXIÈME ÉDITION

Contenant les lois promulguées jusqu'au mois d'août 1901.

Format in-8°	20 fr.	»
— Demi-reliure	23 fr.	»
Format petit in-18 réimprimé en caractères neufs	6 fr.	»
— Demi-reliure	7 fr.	50

On vend séparément (dans le format petit in-18) :

Code civil et Constitution	1 fr.	50
Code de procédure civile et tarifs	1 fr.	50
Code de commerce et sociétés	1 fr.	50
Codes criminel, pénal et tarifs	1 fr.	50
Code forestier	0 fr.	75

Le prix de chaque Code séparé, en cartonnage percaline, est augmenté de 50 centimes.

N.-B. — Trois bons placés en regard du titre de chaque exemplaire des Codes français, format in-8°, permettront de retirer gratuitement pendant 3 ans les suppléments qui seront successivement publiés. — Après l'épuisement des bons *les suppléments annuels seront vendus à raison de 1 fr. 50 chaque.*

EN VENTE CHEZ LE MÊME ÉDITEUR :

TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE DE DROIT CIVIL

CONFORME AU PROGRAMME OFFICIEL DES FACULTÉS DE DROIT

Par Marcel PLANIOL

PROFESSEUR DE DROIT CIVIL A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

3 vol. gr. in-8 (1901). . . . . **37** fr. **50**

N.-B. — L'ouvrage est complet en trois volumes correspondant chacun à un examen. — Chaque volume se vend separément **12** *fr.* **50**.

DE LA

DÉCLARATION DE VOLONTÉ

CONTRIBUTION A L'ÉTUDE

DE L'ACTE JURIDIQUE DANS LE CODE CIVIL ALLEMAND

(ART. 116 A 144)

Par Raymond SALEILLES

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

Un vol. in-8 (1901) . . . . . **9** fr.

ÉTUDE SUR LA THÉORIE GÉNÉRALE

DE L'OBLIGATION

D'APRÈS

LE PREMIER PROJET DE CODE CIVIL POUR L'EMPIRE D'ALLEMAGNE

Par Raymond SALEILLES

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

Deuxième édition

1 vol. in-8 (1901). . . . . **9** fr.

PRÉCIS

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE PROCÉDURE CIVILE

Par E. GLASSON

MEMBRE DE L'INSTITUT, DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Avec le concours au point de vue pratique, de

P. COLMET-DAÂGE

ANCIEN AVOUÉ PRÈS LE TRIBUNAL DE LA SEINE

2 vol. in-8 (1902). . . . . **20** fr.

TRAITÉ DE DROIT COMMERCIAL

PAR MM.

CH. LYON-CAEN
Professeur à la Faculté de Droit de Paris
et à l'Ecole des Sciences politiques,
Membre de l'Institut.

L. RENAULT
Professeur à la Faculté de Droit de Paris
et à l'Ecole des Sciences politiques,
Membre de l'Institut.

Tome Ier : Des actes de commerce. — Des commerçants. — Des tribunaux de commerce. — Des conseils de prud'hommes. — Des chambres de commerce. — Des consuls. 3e édit., 1898, 1 vol. in-8.

Tome II : Des sociétés. 3e édit., 1900, 1 vol. in-8.

Tome III : Règles générales sur les contrats commerciaux. — Des preuves. — De la vente. — Du gage. — Des magasins généraux, des récépissés et des warrants. — De la commission. — Du contrat de transport. 3e édit., 1899, 1 vol. in-8.

Tome IV : Des lettres de change. — Des billets à ordre. — Des chèques. — Des opérations de banque. — Du compte-courant. — Des bourses et des opérations de bourse. 3e édit., 1901, 1 vol. in-8.

Tome V : Des navires. — Des propriétaires de navires et de leur responsabilité. — Des gens de mer. — Du capitaine. — De l'affrétement. 3e édit., 1901, 1 vol. in-8.

Tome VI : Des avaries et de leur règlement. — Des abordages. — Des assurances maritimes. — Du prêt à la grosse. — De l'hypothèque maritime. — Des privilèges sur les navires. 2e édit., 1896, 1 vol. in-8.

Tomes VII et VIII : Des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires. 2e édit., 1897-1899, 2 vol. in-8.

Les huit premiers volumes parus contenant le Code de commerce en entier... 80 fr.

NOTA. — Cet ouvrage comprendra 10 vol. — La 1re édition, publiée sous le titre de *Précis de Droit commercial*, a été honorée par l'Institut du prix Wolowski.

COMMENTAIRE THÉORIQUE ET PRATIQUE DU CODE CIVIL

Par M. THÉOPHILE HUC

Président honoraire à la Cour de Paris, Professeur honoraire des Facultés de droit.

Tome Ier : Publication, effets et application des lois. — Jouissance et privation des droits civils. — Actes de l'état civil. — Domicile. — Absence (art. 1 à 143). 1892, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome II : Du mariage. — Du divorce et de la séparation de corps (art. 144 à 311). 1892, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome III : Paternité et filiation. — Adoption et tutelle officieuse. — Puissance paternelle. — Minorité, tutelle, émancipation. — Majorité. — Interdiction et conseil judiciaire (art. 312 à 515) 1892, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome IV : De la distinction des biens. — De la propriété. — De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation. — Des servitudes ou services fonciers (art. 516 à 710) 1893, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome V : Des successions. — Acceptation et répudiations. — Bénéfice d'inventaire. — Partages et rapports. — Loi du 6 février 1893, modifiant le régime de la séparation de corps (art. 711 à 892). 1893, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome VI : Donations et testaments. — Dons et legs aux établissements publics. — Substitutions permises. — Partages d'ascendants. — Donations et quotité disponible entre époux (art. 893 à 1100). 1894, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome VII : Contrats et obligations. — Condition. — Solidarité. — Indivisibilité. — Clause pénale (art. 1101 à 1233). 1894, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome VIII : Contrats et obligations (*suite*). — Modes d'extinction. — Paiement. — Subrogation. — Compensation, etc. — Modes de preuve. — Chose jugée, etc. — Quasi-contrats. — Quasi-délits (art. 1234 à 1386). 1895, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome IX : Du contrat de mariage. — Communauté légale et conventionnelle — Séparation de biens. - Régime dotal (art 1387 à 1581). (Appendice sur la loi du 25 mars 1896, concernant les enfants naturels). 1896, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome X : Vente. — Vices rédhibitoires, L. 2 août 1884. — Cession, Echange. — Louage. — Loyers et baux. — Colonat partiaire, L. 10 juillet 1889. — Louage d'ouvrage et d'industrie — Voituriers, Transports. — Devis et marchés. — Cheptel (art. 1582 à 1831). (Appendice sur la loi du 20 juin 1896, sur le consentement au mariage et sur l'acte respectueux). 1897, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Tome XI : Société ; L. du 1er août 1893. — Du prêt à usage et de consommation ; Prêt à intérêt ; L. du 12 janvier 1886 ; Rente. — Dépôt ; Séquestre. — Contrats aléatoires, jeu, marchés à terme, loteries, assurances sur la vie (art. 1832 à 1983). 1898, 1 v. in-8. 9 fr.

Tome XII : Mandat. — Cautionnement. — Transaction. — Contrainte par corps. — Gage et antichrèse — Monts-de-piété et warrants (art. 1984 à 2091). 1899, 1 vol. in-8. 9 fr.

Tome XIII : Privilèges et hypothèques I (art. 2092 à 2166). 1900, 1 vol. in-8. 9 fr.

Tome XIV : Privilèges et hypothèques II. — Expropriation forcée et de l'ordre entre les créanciers. — Prescription (art. 2167 à 2281). 1902, 1 vol. in-8..... 9 fr.

Le tome XV contiendra la table générale.

Paris. — F. Pichon, 24, rue Soufflot.

LEC 3

50e année. — Nouvelle série. — Tome XXX. — 1901

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

LÉON AUCOC
Ancien président de section au Conseil d'État, Membre de l'Institut.

C. ACCARIAS
Conseiller à la Cour de cassation, Inspecteur général honoraire des Facultés de droit.

CH. LYON-CAEN
Prof. à la Faculté de droit de Paris et à l'École des Sciences politiques, Membre de l'Institut.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

GABRIEL DEMANTE, professeur honoraire à la Faculté de droit de Paris;
E. GLASSON, membre de l'Institut, doyen de la Faculté de droit de Paris;
L. RENAULT, membre de l'Institut, professeur à la Faculté de droit de Paris.

ET DE MM.

L. ADAM, avocat à la Cour d'appel de Paris; F. ARTHUYS, professeur à la Faculté de droit de Poitiers; E. BINET, professeur à la Faculté de droit de Nancy; BOUVIER, professeur à la Faculté de droit de Lyon; BRÉMOND, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; CABOUAT, professeur à la Faculté de droit de Caen; J. CHARMONT, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; CHAUSSE, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; GARDEIL, professeur à la Faculté de droit de Nancy; A. LABORDE, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; G. LEBRET, professeur à la Faculté de droit de Caen, ancien ministre de la Justice; LE POITTEVIN, professeur à la Faculté de droit de Paris; LOUIS-LUCAS, professeur à la Faculté de droit de Dijon; CH. MASSIGLI, professeur à la Faculté de droit de Paris; H. MONNIER, professeur à la Faculté de droit de Bordeaux; PASCAUD, conseiller à la Cour d'appel de Chambéry; PLANIOL, professeur à la Faculté de droit de Paris; H. PRUDHOMME, juge au tribunal civil de Lille; SAUZET, professeur à la Faculté de droit de Paris; F. SURVILLE, professeur à la Faculté de droit de Poitiers; CH. TESTOUD, professeur à la Faculté de droit de Grenoble; A. TISSIER, professeur à la Faculté de droit de Dijon; A. VIGIÉ, doyen de la Faculté de droit de Montpellier; WALLON, professeur à la Faculté de droit de Toulouse; WAHL, professeur à la Faculté de droit de Lille; WEISS, professeur à la Faculté de droit de Paris.

Prix franco : 15 fr. pour la France; — 17 fr. pour l'Étranger

TOME XXX. — N° 12. — Décembre 1901.

Tout ce qui concerne la RÉDACTION doit être adressé FRANCO à M. C. ACCARIAS, délégué du comité pour la direction, au bureau de la Revue.

Les ouvrages dont deux exemplaires auront été déposés à l'Administration, seront annoncés sur la couverture de la Revue : ils pourront en outre faire l'objet d'un compte-rendu.

BUREAUX A PARIS

LIBRAIRIE COTILLON, F. PICHON, Sr, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT

24, rue Soufflot (5e arrt).